Das Berufsgeheimnis im Strafrecht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Ludwig Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Hans Oeschl
Gerichtsreferendar aus Salzburg

88 43

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
1938

Das Berufsgeheimnis im Strafrecht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Ludwig Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Hans Oeschl
Gerichtsreferendar aus Salzburg

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1938

Hauptberichterstatter: Prof. Dr. Edmund Mezger
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Franz Exner.

Tag der Genehmigung: 26. Juni 1937.

Meiner Mutter
und dem Gedenken meines Vaters

Inhalt.

Schrifttumsverzeichnis.

Augustinus: De civitate Dei, Ausgabe Parent-Desbarres, Parisiis 1885.

Bendix: Die Rechtspflicht des Schweigens. Goltd.Arch. 52 (05), 1 ff. und in der Zeitschrift für ärztlichen Fortschritt 1925 S. 186 ff.

Bergfeld: Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Recht und den neuen Strafgesetzentwürfen. Diss. Tübingen 1930.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. I. 2. Auflage 1902. Bd. II. 1. Abt. Aufl. 1904. 2. Abt. 1905.

Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 8. Aufl. 1913.

Böhme: Strafbarkeit der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses: Allg. Zeitschrift f. Psychiatrie u. psych. gerichtl. Medizin, Heft 57 (00), 743.

Chorus: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Leipzig 1917.

Collmann: Das ärztliche Berufsgeheimnis im geltenden Recht und in den Entwürfen zum StrGB. Diss. Göttingen. Berlin 1925.

Dalcke: Strafrecht und Strafprozeß. 28. Auflage 1936.

Dohna: Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafb. Handlungen. Halle 1905.

Ebermayer: Der Arzt im Recht, Leipzig 1930.

Ebermayer: Arzt und Patient in der Rechtsprechung, Berlin 1925.

Ebermayer: Die notwendige Bekämpfung der Kurpfuscher, Leipzig 1927.

Eichmann: Kirchenrecht II. B. 3. Aufl. 1929/30.

Exner, Bjärne: Das Berufsgeheimnis des Arztes gem. § 300 RStrGB. Heidelberg 1909.

Finger: Der Geheimnisbruch: Vgl. Darstellung BT. 8, 293 ff.

Flesch, Jac. Wilh.: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Leipzig 1908.

Flesch, Max: Das ärztliche Berufsgeheimnis und die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten. Zeitschrift f. Bek. d. Geschl. Bd. 4, 32.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.

Frank: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935 herausgegeben von Ernst Schäfer und Hans v. Dohnanyi, 1936.

Friedersdorff: Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen. Halle 1906.

Fromme: Die rechtliche Stellung des Arztes und seine Pflicht zur Verschwiegenheit im Berufe. Berliner Klinik, 165. Heft S. 25 ff. 1902.

Gans: Das ärztliche Berufsgeheimnis des § 300 StrGB. Leipzig 1907.

Götz: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses. Tübingen 1934.

Gransee: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtl. Schutz im geltenden Recht und in den Entwürfen. Sebnitz 1928.

Günther: Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes nach § 300 RStr. GB. Berlin 1894.

Gütt-Rüdin-Ruttke Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. 2. Aufl. 1936.

Haferland: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers, 1929.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht 1. Bd. 2. Abt. Bonn 1884.

Hartmann: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach § 300 des RStrGB. Leipzig 1909.

Häser: Lehrbuch der Geschichte der Medizin und der epidemischen Krankheiten, Jena 1875.

Heiner: Der Begriff des Unbefugten, Köln 1933.

Hellwig: Die Bedeutung der Reichsärzteordnung für die Rechtspflege, Deutsche Justiz 1936 S. 370.

Hellwig: Die Neuregelung des Berufsgeheimnisses des Arztes in Deutsche Med. Wochenschrift 1936 S. 153.

Herodot: Historiae, Ausgabe v. Abicht Carolus, Lipsiae 1869.

Herr: Das ärztliche Berufsgeheimnis, Freiburg 1929.

Hinterthuer: Deutsche Justiz 1934 S. 827.

Hippe: Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StrGB. Goltd. Arch. 46 (98, 99) 61, 283 ff.

Hoops: Reallexikon der germ. Altertumskunde Bd. I, II, III Straßburg 1911—1916.

Horn: Das preußische Medizinalwesen, Berlin 1857/58.

Jansen: Pflichtenkollision im Strafrecht, Köln 1930.

Jellinek: Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und Anwalts. Mon. Krim. Psych. 1906/07 S. 656 ff.

Jummel: Der § 300 RStrGB. Leipzig 1903.

Kahl: Der Arzt im Strafrecht. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1909 S. 351 ff. JW. 1930 S. 1545.

Kallfelz: Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der RAO. JW. 1936 Heft 20.

Kampfhenkel: Die Schweigepflicht des Arztes nach § 300 RStrGB. Würzburg 1911.

Kirchgeorg: Der Schutz des Berufsgeheimnisses nach geltendem Recht und nach dem Strafgesetzentwurf von 1927, Ulm 1930.

Leipziger Kommentar: Reichsstrafgesetzbuch erläutert von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe und Werner Rosenberg, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1929.

Liebmann: Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse. Frankfurt a. M. 1890.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl. Berlin 1932.
Löhr: Die ärztliche Schweigepflicht und ihre Grenzen im Strafverfahren, Köln 1934.
Löwe: Kommentar zur Reichsstrafprozeßordnung 19. Aufl. 1934, herausgegeben v. Gündel, Lingemann, Hartung, Niethammer.
Lübke: Die Schweigepflicht der Rechtsanwälte, Ärzte und ihrer Gehilfen, Jena 1920.
Ludwig: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses, Breslau 1904.
Meibomius: Hippocratis Magni Orkos sive Jusiurandum. Lugduni Batavorum 1643.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl. 1934.
Merkel: Die Kollision rechtmäßiger Interessen 1895.
Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. 1933, München.
Mezger: Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden, Berlin 1936.
Mezger: Angriffe auf Rechtspflege und Verwaltung. In: Gürtner „Das kommende deutsche Strafrecht" 2. Aufl. 1936 BT. S. 331 ff.
Mittermaier: Gutachten über § 300 StrGB. Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 21 S. 197 ff.
Mittermaier: Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der RAO. Mon. Krim. Psych. 1936 Heft 3.
Mönckmeier: zit. in Schweitzer: Aus der fachlichen Arbeit des Instituts der Wirtschaftsprüfer. Deutsches Recht 1936 S. 413.
Neukamp: Das Berufsgeheimnis der freien Berufe im Strafrecht DJZ. 1927 S. 1549 ff.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 11. Aufl. Berlin Bd. I und II 1927, ErgänzgsBd. III 1936.
Ortloff: Die strafbaren Handlungen nach Deutschlands Reichsrecht und Praxis 1883.
Ortloff: Das Individualrecht auf Bewahrung der Geschäftsgeheimnisse: Busch's Arch. 46 (1886) 329 ff.
Pallaske: Die Schweigepflicht des Arztes. DJZ. 1906 S. 293 ff.
Placzek: Das Berufsgeheimnis des Arztes, 3. Aufl. Leipzig 1909.
Proske: Die ärztliche Schweigepflicht, Erlangen 1936.
Rauno: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach § 300 RStrGB. Anklam 1919.
Rex: Der Geheimnisbruch nach § 300 RStrGB., Leipzig 1916.
Roth: Indiskretionsdelikt. Heidelberg 1927.
Sägmüller: Lehrbuch des kath. Kirchenrechts, 3. Aufl. Freiburg 1914.
Sandheim: Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StrGB. Halle 1904.
Sauter: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz. Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 123, 1910.
Schäfer, Karl: Bemerkungen zur ärztlichen Schweigepflicht. In: Deutsches Strafrecht 1937 S. 197.

Schäfer, Karl: Geheimnisschutz. In: Gürtner „Das kommende deutsche Strafrecht" BT. 2. Aufl. 1936.
Schäfer, Karl: Deutsche Justiz Ausgabe A Nr. 10, S. 373.
Schieck: Reichsnotarordnung v. 13. Febr. 1937, München, Berlin, Leipzig 1937.
Schilling u. Sintenis: Ausgabe des Corpus Juris Civilis Leipzig. 1831.
Schmalz: Schutz des Privatgeheimnisses, Erlangen 1926.
Schuhmacher: Das ärztliche Berufsgeheimnis nach § 300 RStrGB. Berlin 1931.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1874.
Schwerdtfeger: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach § 300 RStr. GB. Würzburg 1926.
Serexhe: Die Verletzung fremder Geheimnisse, Karlsruhe 1906.
Seybold-Hornig: Reichsnotarordnung v. 13. Febr. 1937, Leipzig 1937.
Stemberg: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses nach geltendem Recht und nach den neuen Entwürfen, Tübingen 1932.
Stut: Das ärztliche Berufsgeheimnis, Jena 1928.
Walsh: Die Schweigepflicht des Arztes, Ztschr. America, New York v. 14. 9. 1935, abgedr. in „Die Auslese" 1936 Heft 3.
Weizmann: Das Berufsgeheimnis, Leipzig 1909.
Wolff: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, Breslau 1908.
Zitelmann: Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Tübingen 1906.
Zschock: § 300 StrGB. Rostock 1903.

A. § 1. Einleitung.

Das Berufsgeheimnis, vor allem das ärztliche, war in den letzten Jahrzehnten Gegenstand auffallend vieler Veröffentlichungen. Eine unklare gesetzliche Regelung gab weitgehend die Möglichkeit zum Meinungsstreit. Jedes Wort des gesetzlichen Tatbestands war umkämpft. Die Forderungen de lege ferenda führten im Schrifttum und in den Entwürfen zu den verschiedensten Vorschlägen. Mit dem Erlaß der Reichsärzteordnung und der Reichsapothekerordnung und dem Entwurf 1936 des neuen deutschen Strafgesetzbuchs wurde weitgehend Klarheit geschaffen. Der Darstellung des geltenden und werdenden Rechtszustandes sind diese Zeilen gewidmet. Daneben soll der Einfluß der nationalsozialistischen Rassengesetzgebung (vor allem des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und des Ehegesundheitsgesetzes) auf die Schweigepflicht untersucht werden, um zu zeigen, daß die Befürchtung einer Aushöhlung dieser Pflicht auf diesem Wege nicht berechtigt ist. Die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses ist keine lebensfremde gesetzliche Vorschrift, sie ermöglicht vielmehr einer Reihe von Berufen, die für das Gesamtwohl des Volkes von großer Bedeutung sind, die wirkungsvolle Ausübung ihrer segensreichen Tätigkeit. In wie großem Maße die Allgemeinheit Anteil an diesen Fragen nimmt, zeigt auch die Behandlung dieser Themen in der schönen Literatur und in der Kunst[1].

§ 2. Geschichtliche Entwicklung.

Die geschichtliche Entwicklung der Geheimnispflicht haben vor allem Placzek[2] und Sauter[3] in umfassender Weise dargestellt. Für eine eingehendere Orientierung auf diesem Gebiete sei auf sie verwiesen. Wenn hier trotzdem eine kürzere Darstellung des geschichtlichen Werdegangs dieser Pflicht gebracht werden soll — sie stützt sich auf die vorhin genannten Schriftsteller und will nur das dort Gesagte kurz zusammenfassen — so deshalb, weil wir der Meinung sind, daß es zum Verständnis der heutigen Regelung unerläßlich ist, diejenigen Gedanken und Kräfte aufzuzeigen, die zuerst eine solche Pflicht entwickelt und die dann später eine rechtliche Regelung dieser ursprünglich nur durch die Sitte gebotenen Pflicht notwendig gemacht haben.

Schon seit den frühesten Anfängen menschlicher Entwicklung verband sich mit gewissen Personengruppen die Vorstellung, daß sie besonders zum Schweigen verpflichtet seien. Vor allem waren dies die Priester, die sich vornehmlich mit der Sphäre des Geheimen, des Überirdischen zu beschäftigen

---

[1] z. B. der Tobis-Film: „Stärker als Paragraphen", (Drehbuch von Curt J. Braun, Herstellung unter Mitwirkung des Leiters der Justizpressestelle Regierungsrat Klütz).

[2] S. 94 ff.

[3] S. 1 ff.

hatten. Da man diese im Besitze übersinnlicher Mittel und Kräfte glaubte, nahm man ihre Hilfe auch zur Heilung von Krankheiten in Anspruch. Die Priester waren auf dieser Stufe der Menschheitsgeschichte zugleich die Ärzte. Die Heiltätigkeit wurde als Stück der religiösen betrachtet. Das Schweigen, das die Priester um ihre religiösen Geheimnisse bewahrten, übertrugen sie auch auf ihre medizinische Tätigkeit, da ja zwischen beiden kein Unterschied empfunden und gemacht wurde. Während ursprünglich diese Pflicht zum Schweigen für die Priesterkaste wohl mehr eine Art Selbstschutz gewesen sein mag — durch diesen religiös-mythischen Nimbus sollte die Priesterautorität geschützt werden —, bekam sie mit der Zeit einen ethischen Wert: Die Sorge für das Wohl des zu Heilenden trat in den Vordergrund, man fühlte sich um des Kranken willen zum Schweigen verpflichtet. Ein Zeichen für eine solche, sittlich bereits sehr hoch stehende Bewertung der Schweigepflicht ist uns aus Indien erhalten, das in der brahmanischen Periode den Jüngern der Heilkunde folgende Grundsätze als Richtschnur für ihr Handeln gegeben hat: „Wenn er (der Arzt), von einem bekannten und zum Eintritt berechtigten Manne begleitet in die Wohnung des Kranken tritt, soll er wohl bekleidet, gesenkten Hauptes, nachdenklich, in fester Haltung und mit Beobachtung aller möglichen Vorsicht auftreten. Ist er drinnen, so darf Wort und Gedanke und Sinn auf nichts anderes gehen, als auf die Behandlung des Patienten, und was mit dessen Lage zusammenhängt. Die Vorgänge im Hause dürfen nicht ausgeplaudert, auch darf von einem dem Kranken etwa drohenden frühen Ende nichts mitgeteilt werden, wo es dem Kranken oder sonst jemand Nachteil bringen kann“[4]. Diese vor Jahrtausenden geschriebenen Sätze zeugen von einer solch tiefen und edlen Auffassung des ärztlichen Berufs, daß sie heute noch leuchtendes Vorbild für alle Jünger der Heilkunde sein können. Auch den Priestern in Ägypten, die Träger und Erhalter priesterlicher und ärztlicher Weisheit waren, wurde Schweigen zur Pflicht und Ehre ihres Standes gemacht[5].

In Griechenland war schon in früher Zeit die Pflicht zur Verschwiegenheit mit der Kunst des Asklepius verbunden. So ist z. B. in den Satzungen der Pythagoräischen Schule, deren Gründer selbst Arzt war und deren Anhänger zum großen Teile dem ärztlichen Stande angehörten, anempfohlen, „durch eine harmonische Ausbildung des Leibes und der Seele, Mäßigkeit, einfache, hauptsächlich pflanzliche Nahrung, gymnastische Übungen, Schweigen und jegliche Tugend“ den Mitmenschen ein nachahmenswertes Vorbild edlen Menschentums zu geben[6]. Ein besonderes Zeichen dafür, daß man im alten Hellas der ärztlichen Verschwiegenheit höchste Bedeutung beilegte, ist die berühmte Formel des Schwurs, den Hippokrates seinen Schülern vorschrieb und dessen Schlußsatz lautet: „Was ich bei der Ausübung des Berufs sehen oder hören möchte, oder auch außer der ärztlichen Tätigkeit im Leben des Menschen, was nicht verbreitet werden darf, will ich verschweigen, desgleichen für unaussprechlich haltend. Wenn diesen Schwur gewissenhaft ich halte und nicht verletze, so möge mir beschieden sein, des Lebens und der Kunst zu genießen in der Achtung der Menschen für ewige Zeit; dem Übertreter und Meineidigen das Gegenteil von diesem“[7].

---

[4] Übersetzung von Roth aus dem Urtext des Châraka nach Placzek S. 95.

[5] S. Herodot, Historiae Bd. II 84, Bd. III De Prexaspe, Augustinus a.a.O. Liber XVIII Cäp, V, Meibomius 190,

[6] Häser I, 76, Placzek 97.

[7] Häser I, 99 ff. Der Satz lautet im Urtext (zit. bei Meibomius a.a.O. Text des Eides):

Auch im alten Rom galt Schweigen als selbstverständliche Pflicht des Arztes. Die Verschwiegenheitspflicht war so sehr mit der ärztlichen Kunst verbunden und scheint so gewissenhaft von den römischen Ärzten gehalten worden zu sein, daß Vergil[8] von der Heilkunde als von der „ars muta" sprechen konnte.

Rom war es auch, das Ansatzpunkte für die Schweigepflicht anderer Personenkreise entwickelt hat. Im römischen Recht finden sich die ersten Spuren einer solchen Pflicht für Berufe, die am Rechtsleben einen Anteil haben. Eine Schweigepflicht für „patro ni" (Beistände vor Gericht) und „exsecutores negotiorum" (Geschäftsführer[9]) ist aus der prozessualen Vorschrift D. 22. 5. 25 zu ersehen: „Mandatis cavetur, ut praesides attendant. ne patroni in causa cui patrocinium praestiterunt testimonium dicant, quod et in exsecutoribus negotiorum observandum est". Diese Bestimmung entspricht ihrer Bedeutung nach dem heutigen § 53 Str.PO.

Bei unseren Vorfahren, den Germanen scheint die Vorstellung von einer Schweigepflicht bestimmter Personengruppen nicht vorhanden gewesen zu sein. Auch im Mittelalter hat sich eine solche nicht gebildet. Die Heilkunde und Heilpflege lag in älterer Zeit meist in den Händen weiser Frauen, die ihr Wissen auf ihre Töchter und Enkelinnen übertrugen. Mit dem Eindringen des römischen Ärztewesens nach Deutschland (im 10. Jahrhundert) geriet die Heilkunde in die Hände der Geistlichen und Mönche. Wegen der Verbindung der Heilkunde ursprünglich mit Heilaberglauben und mythischen Vorstellungen — verschiedene Ausdrücke für Arzt und ärztliche Tätigkeit wie die mhd. Bezeichnung lachenaere „Zauberer, Besprecher", die nhd. Bezeichnungen lachinen „hexen, zaubern", lachsner „Besprecher, Quacksalber", lachsnerin „Quacksalberin usw. weisen deutlich auf das abergläubische Reden und Handeln der altgermanischen Heilkünstler hin, — später mit religiöser priesterlicher Tätigkeit darf allerdings angenommen werden, daß die Heilkundigen über ihnen anvertraute Geheimnisse Schweigen bewahrt haben[10].

Ein weiteren Fortschritt in der Ausbildung des Gedankens der Geheimnispflicht brachte das kanonische Recht, zwar nicht dadurch, daß es besondere Tatbestände entwickelt hätte — es hat verschiedene Vorschriften des römischen Rechts fast wörtlich übernommen[11] —, sondern durch die Ausbildung des Beicht-

---

„ἃ δ'ἂν ἐν θεραπείῃ ἢ ἴδω, ἢ ἀκούσω, ἢ καὶ ἄνευ θεραπείης κατὰ βίον ἀνδρώπων, ἃ μὴ χρὴ ποτε ἐκκαλέεσθαι ἔξω, σιγήσομαι, ἄρρηζα ἡγεύμενος εἶναι τὰ τοιαῦτα".
Die lateinische Übersetzung des Meibomius: „Quae vero inter curandum, aut etiam medicinam minime faciens, in communi hominum vita, vel videro, vel audiero, quae in vulgus efferi non decet, ea arcana esse ratus silebo".

8 Vgl. Aeneis Buch XII Vers 395—397: „. . , ille ut depositi proferret fata parentis, scire potestates herbarum usumque medendi maluit et mutas agitare inglorius artes".

9 Jede Art von Geschäftsführern, auch Tutoren, Curatoren, Procuratoren, Administratoren. S. hierzu Schilling und Sintenis a.a.O, Pand. L. XXII, 5, 25, Anm. 105 und das dort angegebene Schrifttum.

10 S. Hoops a.a.O. Bd. I S. 128 ff. Bd. II S. 484.

11 z. B. can. 3 § 19 Causa IV Quaest. 2 u. 3: „Patroni quoque in causa, cui patrocinium praestant, testimonium non dicant, quod etiam in exsecutoribus negotiorum observandum est."

geheimnisses. Das Sigillum confessionis, obwohl kein eigentliches „Berufs"-geheimnis, weil nicht nur Geistliche, sondern jedermann zur Wahrung des Geheimnisses verpflichtet ist, ist wegen seiner Strenge zum Vorbild der modernen Regelung des Berufsgeheimnisses geworden[12].

Der Gedanke, daß Stillschweigen eine der vornehmsten Standes- und sittlichen Pflichten des Arztes ist, wurde im Mittelalter hauptsächlich von den wissenschaftlich geschulten Lehrern der italienischen Universitäten gepflegt. Von Salerno, von Padua nahmen die jungen Ärzte diese Ethik mit in ihre Heimat, in ihre Praxis. Pietro von Abano (1253—1315) schrieb, der Arzt solle sein „passionum ignominiosarum sibi revelatarum occultatorem sagacem"[13]. Ludovicus de Avila: „Deve il medico esser secreto come un confessore"[14]. Im 16. Jahrhundert bezeichnete der Turiner Professor Francesco Valleriola als „ignominiae plenum, aegri famam prodere et fidei suae commissa continere non posse". Er untersuchte bereits die Frage, ob nicht gerade höhere Pflichten des Arztes der Allgemeinheit gegenüber eine Verletzung dieser Schweigepflicht rechtfertigen könnten, „an non Medicus, si quis elephantiasi[15] laborans consulit Medicum auxiliumque poscat, indicare illum Magistratui debeat, atque ita cavere, ne alii per ipsum inficiantur." Denn, so schreibt er am Schlusse seiner scharfsinnigen Ausführungen, „salus Reipub. suprema lex omnibus esse debet"[16]. Ioa Azorius tritt in seinen „institutiones morales" (1616) durch Berufung auf ein ius naturale scharf für ein Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes dem Gericht gegenüber ein[17]. Das Bewußtsein dieser hohen sittlichen Pflichten des Arztes, von wissenschaftlich Geschulten aus Italien nach Deutschland gebracht, wurde bald auch von den zahlreichen zu Beginn der Neuzeit nördlich der Alpen entstehenden Universitäten gepflegt.

In dieser Zeit kam durch die ebenfalls an italienischen Universitäten (hauptsächlich Bologna) herangebildeten und mit dem römischen Recht vertrauten Juristen das römische Sachwaltertum nach Deutschland. Die rechtliche Unsicherheit der beginnenden Neuzeit verschaffte den am strengen römischen Recht Geschulten vom Staate eine besondere Bevorzugung. Der „Vorsprecher" verschwand. Die „advocati" hielten ihren Einzug in Deutschland, besonders beim Reichskammergericht. Die Reception des römischen Rechts brachte auch die Idee einer Schweigepflicht der berufsmäßigen Rechtsbeistände. So mußten die Prokuratoren und Advokaten nach §§ 6, 7 der Reichskammergerichtsordnung von 1495 in ihrem Eid schwören, daß sie „heimlicheyt und Behelf, so sy von den Partheyen empfahen, oder Underrichtung der Sachen, die sy von jn selbs mercken werden, jrn Partheyen zu Schaden Nyemand

---

12 S. Eichmann Bd. II S. 35, Sägmüller Bd. II S. 51 ff. und das dort zitierte Schrifttum.

13 Zit. bei Meibomius 190, Sauter 17.

14 S. Meibomius 190, Sauter 17.

15 d. i. Aussatz.

16 Meibomius 191, Sauter 19.

17 Die Stelle lautet, zit. nach Meibomius 191: „Medicos et Chirurgos, interrogatos a Judice, sive per denunciationem, aut inquisitionem procedat, non obligari ad testificandum de secretis, quae secreto ipsis detexerint aegroti, consilium petentes. Majus enim est vinculum Juris naturalis, servare secretum, quam parere Judici interroganti. Judex enim, si legitimo modo interroget, nihil, quod contra ius naturale sit, quemquam interrogare debet; minime omnium eum, quem iureiurando ad silentium servandum iam ante novit constrictum".

offenbaren. . .". Auch der § 165 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654 ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen[18].

Im 17. Jahrhundert zeigen sich die ersten Anfänge einer rechtlichen Regelung des Berufsgeheimnisses heilkundiger Personen. Zu den heilkundigen Schülern der Universitäten Italiens und Südfrankreichs traten bald in größerer Anzahl die an deutschen Hochschulen ausgebildeten Ärzte. Die ärztliche Wissenschaft selbst hatte solche Fortschritte in der Erkenntnis der Krankheiten und ihrer ätiologischen Zusammenhänge zu verzeichnen, daß eine rechtliche Regelung der Geheimnispflicht in verstärktem Maße als wünschenswert erschien. Der aufkommende Polizeistaat, der in großem Umfang alle Gebiete staatlichen Lebens zu regeln begann, streckte seine ordnende Hand auch auf die für ihn so wichtige Gesundheitspflege seiner Untertanen aus. So kam eine rechtliche Regelung des Berufsgeheimnisses sowohl den Bedürfnissen eines selbstbewußten, sich scharf gegen die Kurpfuscher abschließenden ärztlichen Berufsstandes wie auch den Wünschen der Heilung suchenden Bevölkerung und denen des Staates entgegen, der eine Garantie für erfolgreiche Tätigkeit seiner Heilkundigen suchte. Mit diesen Bedürfnissen hielt der Gang der Entwicklung nicht Schritt. In der württembergischen Landesordnung des Jahres 1621 ist den Hebammen, bei denen man wohl wegen ihrer mangelhaften Ausbildung eines rechtlichen Schutzes am wenigsten entbehren zu können glaubte, geboten: „. . . es sollen die Hebammen der presthaften Weiber Krankheiten, Fehler und Mängel nicht offenbar machen, sondern vertrucken helfen, auch sich der leichtfertigen Reden, aller abergläubischen Segen und anderer Abgötterung gänzlich enthalten"[19]. Da die Ärzte von sich aus auf gewissenhafte Befolgung ihrer Schweigepflicht schauten und rechtliche Regelung dieser Pflicht daher für weniger notwendig erachtet wurde, dauerte es noch ca. 100 Jahre, bis den Ärzten auch durch Gesetz Stillschweigen vorgeschrieben und die Verletzung dieser Pflicht mit Strafe bedroht wurde. Im preußischen Medizinaledikt von 1725, in einem Abschnitt „von denen Medicis" heißt es, „die Medici sollen . . . die ihnen entdeckte heimliche Mängel und Gebrechen Niemanden offenbaren. . ."[20]. Seit dieser Bestimmung kehren in fast allen Rechtsordnungen der Länder und des Reichs Vorschriften über die Schweigepflicht der Heilkundigen und später auch der Rechtswahrer wieder. In unzähligen Medizinal- und Sanitätsordnungen, Medicinaledikten, Dienstordnungen usw. ist das Schweigegebot für Ärzte, Hebammen, Apotheker und deren Gehilfen ausgesprochen. Im folgenden sollen nur die wichtigsten, für die Entwicklung der Schweigepflicht entscheidenden Gesetze angeführt werden[21]. Eine Strafdrohung für „Verrathung der Raths- und Amtsgeheimnißen" kannte schon die Constitutio criminalis Theresiana von 1768. Das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten" von 1794 bestimmte im Abschnitt „Von den Verbrechen der Diener des Staates" mit dem Untertitel

[18] Die hier einschlägige Stelle lautet: „. . . hingegen in- und außerhalb Gerichts der freventlichen oder schimpflichen Handlung und Thätigkeiten, wie auch anzüglicher und deß Gerichts Respect entgegenlauffender Worten, so dann das Gericht und Urtheilsprecher ohngebührlich beschmitzen, oder da sich jemand ab deß Cammergerichts Decreten und Urtheil zu beschweren vermeine, solches an andere Orth, als wo sich's nach Inhalt der Reichs Satz- und Ordnungen gebühret, zu ziehen und anzubringen, sich gäntzlich enthalten. . .".

[19] Zit. nach Sauter 20, 21.

[20] S. Horn I 1.

[21] Die Darstellung stützt sich im wesentlichen auf Sauter a.a.O.

„Von den Verbrechen derer, welche ohne Officianten zu sein, dem gemeinen Wesen besonders verpflichtet sind" in Teil II Tit. 20 § 505: „Ärzte, Wundärzte und Hebammen, sollen die ihnen bekannt gewordenen Gebrechen und Familiengeheimnisse, in so fern es nicht Verbrechen sind, bey Vermeidung einer nach den Umständen zu bestimmenden Geldbuße von Fünf bis Funfzig Thalern, Niemanden offenbaren". Diese Bestimmung sollte nicht Persönlichkeitsschutz sein, sondern Rechtsgrund für die angedrohte Strafe war einzig und allein die Verletzung einer öffentlichen Pflicht. Man stellte diese „dem gemeinen Wesen besonders verpflichteten" Personen den Beamten gleich.

Wesentlichen Fortschritt und Neuerung in Deutschland brachte erst wieder das Preußische Strafgesetzbuch von 1851. Zum ersten Mal ist in derselben Bestimmung und unter denselben Gesichtspunkten die Schweigepflicht sowohl der Personen der Heilpflege als auch der Rechtswahrer geregelt. Der Einfluß des französischen Code penal von 1813 ist unverkennbar[22]. § 155 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851, eingereiht in den Abschnitt über „Verletzungen der Ehre", lautet: „Medizinal-Personen und deren Gehülfen, sowie alle Personen, welche unbefugter Weise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, werden mit Geldbuße bis zu fünfhundert Thalern oder Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft".

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund brachte in seinem § 296 zwar nicht im Wortlaut bedeutende Änderungen — statt der allgemeinen Formel des § 155 des preuß. Str.GB. wurden einzelne Personenklassen als mögliche Täter aufgezählt —, doch zeigte die systematische Einreihung des Tatbestands in den Abschnitt „strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" den Wandel der Auffassung über die rechtliche Natur des Delikts. § 296 wurde 1871 wörtlich in das Reichsstrafgesetzbuch als § 300 übernommen:

„Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein".

Diese Vorschrift ist außer für Ärzte und Apotheker noch heute geltendes Recht. Nach der Jahrhundertwende machte sich das Bedürfnis nach einer Reform dieser Bestimmung geltend. Die den Lebensverhältnissen und dem Wissensstand der 70iger Jahre angepaßte Regelung des Berufsgeheimnisses entsprach nicht mehr den Anforderungen des beginnenden 20. Jahrhunderts. Besonders von der Ärzteschaft wurden starke Angriffe gegen eine allzu strenge Durchführung der Geheimnispflicht vorgetragen. Neue vertiefte wissenschaftliche Erkenntnisse hatten gezeigt, daß gerade der Zweck des Geheimnisschutzes eine Durchbrechung dieser Pflicht notwendig machen könne, und die Forderung ging daher nach einer gesetzlichen Festlegung solcher Möglichkeiten. Ein kurzer Überblick über die Entwürfe soll diese Entwicklung zeigen[23].

Der 1909 veröffentlichte „Vorentwurf" zu einem deutschen Strafgesetzbuch bestimmte in einem Abschnitt „Ehrverletzung und Verletzung fremder Geheimnisse" in § 268:

---

[22] S. S. 15 der Abhandlung.

[23] Einen näheren Überblick über die Entwürfe bringen insbes. Stemberg 88 ff. Bergfeld 68 ff. Gransee 10 ff. Götz 50 ff. Kirchgeorg 36 ff.

„Personen, die zur Ausübung der Heilkunde, Geburtshilfe, Krankenpflege, des Apothekergewerbes oder zur Beratung oder Vertretung in Rechtsangelegenheiten oder zur Beurkundung von Rechtsgeschäften öffentlich bestellt oder zugelassen sind, sowie die Gehilfen dieser Personen werden mit Geldstrafe bis zu zweitausend Mark oder mit Haft oder Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Berufs anvertraut oder zugänglich geworden sind.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein".

Tiefgreifende Änderungen schlug § 291 des gegen diesen Entwurf von Kahl, Liszt, Lilienthal und Goldschmidt aufgestellten Gegenentwurfs von 1911 vor:

„Personen, die zur Ausübung eines Berufes oder Gewerbes öffentlich bestellt oder ermächtigt sind, sowie die Gehilfen dieser Personen werden mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft, wenn sie Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen in oder bei Ausübung ihres Berufes oder Gewerbes anvertraut oder zugänglich geworden sind.

Dieselbe Strafe trifft die, die nach dem Tode einer der in Abs. 1 genannten Personen die Verfügung über deren in Ausübung ihres Berufes oder Gewerbes gemachten Aufzeichnungen erlangen, wenn sie daraus Privatgeheimnisse offenbaren.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Hat der Täter eine Pflicht zu erfüllen oder ein öffentliches oder sein oder eines Dritten berechtigtes Interesse zu wahren beabsichtigt, so bleibt die Handlung straflos".

Der von der Strafrechtskommission ausgearbeitete Entwurf von 1913 kehrte in der Formulierung seines § 354 im wesentlichen zu Fassung des Vorentwurfs von 1909 zurück. Die Ausdehnung der Schweigepflicht auf Personen, die zur Ausübung irgend eines Berufs oder Gewerbes öffentlich bestellt oder ermächtigt sind, wurde fallen gelassen. Offenbarungsmöglichkeit aus höherem Interesse wurde jedoch als Rechtfertigungsgrund in folgender Form beibehalten: „Die Offenbarung ist nicht rechtswidrig, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter privater oder öffentlicher Interessen erforderlich war, vorausgesetzt, daß dabei die sich gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig berücksichtigt worden sind".

Die infolge des Krieges unterbrochenen und 1918 wieder aufgenommenen Arbeiten an der Strafrechtsreform führten 1919 zu einem neuen Entwurf, der den Entwurf von 1913 den durch Krieg und Novemberrevolution veränderten Verhältnissen anpassen sollte. Als wesentliche und die Lage der Dinge schlagartig bezeichnende Neuerung brachte § 355 des Entwurfs von 1919 die Einbeziehung der Beamten in den Kreis der durch das Strafgesetz zum Schweigen verpflichteten Personen.

Der „amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs" von 1925 kehrte in seinem § 293 des 24. Abschnittes über „Beleidigung und Verletzung fremder Geheimnisse" unter Ausschaltung der Beamten als mögliche Täter zum Inhalt des Entwurfs von 1913 § 354 zurück. Nach Verabschiedung dieses Entwurfs im Reichsrat wurde er am 14. 5. 1927 dem Reichstag zur Beschlußfassung vorgelegt. Die dort vorgenommenen Änderungen, vor allem die Wiedereinführung der kasuistischen Aufzählung der zum Schweigen verpflichteten Personengruppen, führten schließlich zu folgender Bestimmung in einem § 325:

„Approbierte Ärzte, Apotheker und andere staatlich geprüfte Medizinalpersonen, Rechtsanwälte, Verteidiger in Strafsachen, Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch eine von der Justizverwaltung getroffene Anordnung gestattet ist, und, soweit sie nicht Amtsträger sind, Notare, die unbefugt ein Privatgeheimnis offenbaren, das ihnen bei Ausübung ihres Berufs anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, werden mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft.

Den in Abs. 1 genannten Personen stehen ihre berufsmäßigen Gehilfen und Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.

Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Interesse überwiegt.

Wer ein Geheimnis der in Abs. 1 erwähnten Art gegen Entgelt oder in der Absicht offenbart, sich oder einem anderen unrechtmäßig einen Vorteil zu verschaffen oder jemand einen Nachteil zuzufügen, wird mit Gefängnis bestraft.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt".

Der von der deutschen und österreichischen interparlamentarischen Strafrechtskonferenz im Jahre 1930 vorgeschlagene Entwurf änderte in einem § 325 die Bestimmung des Entwurfs von 1927 nur insoweit, als er in der Frage des Täterkreises von einer kasuistischen Aufzählung wieder abwich. Abs. 1 erhielt dabei folgende Fassung:

„Wer unbefugt ein Privatgeheimnis offenbart, das ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes oder bei berufsmäßiger Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten kraft seines Berufs anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft".

Die übrigen Absätze des § 325 des Entwurfs 1927 blieben unberührt.

Damit war die Entwicklung zunächst einmal abgeschlossen. Die parlamentarische und weltanschauliche Zersplitterung verhinderte sowohl die Weiterführung der Reformarbeiten an den Entwürfen als auch ein endgültiges Gesetzeswerk. Mit der nationalsozialistischen Revolution trat hier ein grundlegender Wandel ein. Noch im Jahre 1933 wurde von der Reichsregierung eine neue Strafrechtskommission zusammengerufen, die ein vom Geiste des Nationalsozialismus getragenes Strafrecht schaffen sollte. Die drängenden Fragen und Probleme gestatteten aber, soweit sie die schon lange geforderte Reform des ärztlichen Berufsgeheimnisses betrafen, keinen Aufschub mehr. In der am 13. Dezember 1935 erlassenen und am 1. April 1936 in Kraft getretenen Reichsärzteordnung (RGBl. I, 1433) erfolgte eine allgemeine gesetzliche Regelung der ärztlichen Pflichten. In § 13 RÄO. wurde auch das ärztliche Berufsgeheimnis neu gestaltet:

„Ein Arzt, der unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei Ausübung seines Berufs anvertraut oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe oder einer dieser Strafen bestraft.

Dem Arzt stehen seine berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen. Ebenso wird bestraft, wer nach dem Tode des zu Wahrung

des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt veröffentlicht.

Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt.

Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt".

Diesem Vorbild folgte mit geringen Abweichungen die am 18. April 1937 erlassene und am 1. Juli 1937 in Kraft getretene Reichsapothekerordnung (RGBl. I. 457) in ihrem § 24:

„Ein Apothekenleiter, der unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei Ausübung seines Berufs anvertraut oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft. Dem Apothekenleiter stehen seine pharmazeutischen Mitarbeiter und die Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf oder sonst in der Apotheke im Betriebe tätig sind, gleich.

Ebenso wird bestraft, wer nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt offenbart.

Eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor, wenn ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart wird und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt.

Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt".

§ 300 StrGB. ist damit für Ärzte und Apotheker außer Kraft getreten.

Die Arbeiten der Strafrechtskommission führten unter Mitberücksichtigung der Entwürfe von 1909 bis 1930 zu dem neuen § b des Entwurfs von 1936[24].

„Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes oder bei berufsmäßiger Ausübung der Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten oder der Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft.

Den Personen, die den Beruf selbständig ausüben, stehen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.

Ebenso wird bestraft, wer als Beamter oder Angestellter einer Gesundheitsbehörde oder einer Beratungsstelle für Geschlechtskranke unbefugt offenbart, was ihm über die Krankheit eines anderen oder über die persönlichen Verhältnisse des Kranken dienstlich bekannt geworden ist.

Die gleiche Strafe trifft den, der nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses Verpflichteten das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt offenbart.

Eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor, wenn der Täter ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer sittlichen oder rechtlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und

---

[24] Abgedruckt bei Gürtner: „Das kommende deutsche Strafrecht" BT. 2. Auflage 1936 S. 438, 439.

wenn der dadurch entstehende Schaden geringer ist als der bei Nichtoffenbarung drohende.

Hat der Täter das Geheimnis gegen Entgelt oder in der Absicht geoffenbart, sich oder einem anderen unberechtigt einen Vorteil zu verschaffen oder jemand einen Nachteil zuzufügen, so ist die Strafe Gefängnis.

Der Verletzte muß gehört werden, bevor über die Verfolgung entschieden wird".

Damit wird das Berufsgeheimnis eine allen Anforderungen entsprechende Regelung finden.

§ 3. Sonstige Bestimmungen über Schweigepflichten.

Mit § 300 StrGB., § 13 RAO. und § 24 Reichsapothekerordnung sind die Bestimmungen unserer Rechtsordnung über Berufsgeheimnis und Schweigepflicht nicht erschöpft. Viele andere Vorschriften verpflichten zur Geheimnisbewahrung. Berufs-, Amts-, Betriebs-, Geschäfts- und Staatsgeheimnisse sind der Gegenstand ihrer Regelung. Aus dem Reichsstrafgesetzbuch seien neben § 299 die § 88 ff. und die §§ 353 a, 354, 355, insbesondere die hier wichtigen, durch das Gesetz vom 2. Juli 1936 (RGBl. I. 532) neu eingefügten §§ 353 b, 353 c erwähnt. Ferner die §§ 141, 142, 143, 144 der Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 (RGBl. 509) i. d. Fassung vom 15. Dezember 1924 (RGBl. I. 779), § 412 der Reichsabgabenordnung i. d. Fassung vom 22. Mai 1931 (RGBl. I. 161), die §§ 345, 346, 347, 348 des Angestelltenversicherungsgesetzes i. d. Fassung vom 28. Mai 1924 (RGBl. I. 563), das Gesetz zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs vom 7. Juni 1909 (RGBl. 499) § 17 (Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses durch Angestellte, Arbeiter oder Lehrlinge eines Geschäftsbetriebes) § 18 (Mißbrauch anvertrauter Vorlagen), die §§ 10, 18 des Gesetzes über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen (Lebensmittelgesetz) vom 5. Juli 1927 (RGBl. I. 134), § 15 des Margarinegesetzes vom 25. Juli 1897 (RGBl. 475) (Verrat von Betriebsgeheimnissen der Margarinefabriken), die §§ 24, 30 des Weingesetzes vom 25. Juli 1930 (RGBl. I. 356), § 145 a in Verbindung mit den §§ 16, 21, 21 a, 24, 25 der Gewerbeordnung i. d. Fassung vom 26. Juni 1900 (RGBl. 871 ff.) (Verrat von Betriebsgeheimnissen), das Reichsgesetz über den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893 (RGBl. 205), das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juni 1914 (RGBl. 195), während des Krieges die Verordnungen des Bundesrats über die Anmeldung des im Ausland befindlichen Vermögens von Angehörigen feindlicher Staaten vom 7. Oktober 1915 §§ 3, 12 Nr. 3 (RGBl. 633), vom 4. Januar 1917 §§ 3, 7 Nr. 2 (RGBl. 7), vom 2. September 1918 § 5 (RGBl. 1099), die §§ 6, 7 der Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nichtbeamteter Personen vom 3. Mai 1917 (RGBl. 393) und § 7 der VO. vom 12. Februar 1920 (RGBl. 230), das Gesetz über die durch innere Unruhen verursachten Schäden vom 12. Mai 1920 (RGBl. 941) § 9, § 100 des Betriebsgerätegesetzes vom 4. Februar 1920 (RGBl. 147) (aufgehoben durch § 65 AOG.), die §§ 5, 65 des Reichsausgleichgesetzes vom 6. Juni 1923 (RGBl. I 334), § 20 des Bankgesetzes vom 30. August 1924 (RGBl. II. 235) (Wahrung des Bankgeheimnisses; das Bankgeheimnis ist jetzt vielfach durchbrochen durch die Steuergesetzgebung. Vgl. §§ 165 b, c, 179, 185, 209 Reichsabgabenordnung i. d. Fassung vom 22. Mai 1931 (RGBl. I. 161), §§ 27, 28 des Erbschaftssteuergesetzes vom 22. August 1925 (RGBl. I. 320), § 10 des Gesetzes betreffend die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom

18. Februar 1927 (RGBl. I. 62), § 150 des Gesetzes über das Verfahren in Versorgungssachen vom 20. März 1928 (RGBl. I. 88), die §§ 12, 31 der bayer. Gerichtsvollzieherordnung vom 30. Dezember 1931 (GVBl. 1932 S. 6). An neuen Gesetzen: das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 (RGBl. I. 45) § 36 Abs. 1 Ziff. 4, ferner die Schweigepflichten des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I. 529) mit Nov. vom 26. Juni 1935 (RGBl. I. 773) und 4. Februar 1936 (RGBl. I. 119) und des Ehegesundheitsgesetzes vom 18. Oktober 1935 (RGBl. I. 1246)[25], die Schweigepflicht der Devisenberater in § 21 der Verordnung über die geschäftsmäßige Hilfeleistung in Devisensachen vom 29. Juni 1936 (RGBl. I. 524) und die Vorschriften über die Amtsverschwiegenheit in §§ 8, 9 des Deutschen Beamtengesetzes vom 26. Januar 1937 (RGBl. I. 39).

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch der § 13 der Reichstierärzteordnung vom 3. April 1936 (RGBl. I. 347), der allerdings nur eine Sollvorschrift enthält. Der Tierarzt soll über Tatsachen, die ihm in Ausübung seines Berufs bekannt werden, Schweigen bewahren, soweit berechtigte Belange es erfordern. Erfordern öffentliche Belange die Bekanntgabe seiner Feststellungen, so ist der Tierarzt an das Schweigegebot nicht gebunden. Die Schweigepflicht ist für Tierärzte Berufspflicht, deren Verletzung zwar keine strafrechtlichen Folgen nach sich zieht, wohl aber ehrenrechtlich geahndet werden kann. Ein Zeugnisverweigerungsrecht vor Gericht besteht für Tierärzte nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 13 Abs. 2 Satz 2 nicht.

§ 4. Das geschützte Gut bei den Berufsgeheimnisdelikten.

Endgültiger, letzter Zweck allen Rechtes ist der Schutz der Volksgemeinschaft. Entscheidend für den Unwertscharakter eines Delikts ist dem Willensstrafrecht entsprechend der verbrecherische Wille des Täters[26], die sich in der Tat offenbarende Pflichtverletzung. Diese ist ihrerseits von jenem Schutzgedanken bestimmt. Die Pflichten des einzelnen und die Folgen einer Verletzung dieser Pflichten bestimmt die Gemeinschaft. Die Gemeinschaft legt dem einzelnen nicht sinn- und zwecklose, sondern wertbezogene Pflichten auf. Die Wertung nimmt die Gemeinschaft selbst vor. Sie erfolgt gegenüber bestimmten Gütern. Die Verletzung desjenigen Gutes, das für die Gemeinschaft den höchsten Wert hat, stellt die schwerste Pflichtverletzung dar, ein Angriff auf dieses Gut wird die stärkste Reaktion der Gemeinschaft hervorrufen[27]. Den Unwertscharakter der Verletzung der aus dem Berufsgeheimnis sich ergebenden Pflichten wird man daher nur feststellen können, wenn man das Rechtsgut des Delikts erkannt hat. Kollisionen dieser Pflicht mit anderen wird man nur dann gerecht lösen können, wenn man die Größe der durch Außerachtlassung dieser Pflichten verletzten Rechtsgüter vor Augen hat. Die Frage nach dem Rechtsgut als dem Ausgangspunkt für die Wertung und Abwägung von Pflichten ist für das Berufsgeheimnis schon deshalb nicht überflüssig geworden, weil die §§ 13 RAO. 24. Reichsapothekerordnung selbst von bedrohten Rechtsgütern sprechen. Auch nach § b Abs. 4 des Entwurfs 1936 ist ein Abwägen der durch die Verletzung des Berufsgeheimnisses entstehenden Schäden ohne Wertung der geschädigten Güter wohl nicht möglich.

---

25 Darüber in § 17 der Abhandlung.

26 S. Mezger, Leitfaden S. 45 ff.

27 S. Mezger, Leitfaden a.a.O.

Welches Gut durch die §§ 300 StrGB. 13 RAO. und 24 Reichsapothekerordnung geschützt werden soll und wie sich dieses Rechtsgut in eine richtige Ordnung der Werte einreiht, soll im folgenden behandelt werden.

Die Untersuchungen über das Rechtsgut des Berufsgeheimnisses nahmen im Schrifttum zum § 300 StrGB. einen großen Raum ein. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen waren höchst verschieden,. der Charakter des Delikts sehr bestritten. Die Stellung des Paragraphen im 25. Abschnitt, der die Überschrift „strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse" trägt und in dem die verschiedenartigsten Delikte nebeneinander stehen, gibt ebensowenig wie die Fassung des Tatbestands einen Anhaltspunkt für eine einheitliche Lösung dieser Frage.

Im wesentlichen stehen sich zwei Anschauungen im Schrifttum gegenüber: die sog. soziale und die herrschende individualistische Richtung. Die erste, vertreten von nur wenigen Autoren, ist der Ansicht, daß die Gesamtheit das durch den § 300 StrGB. geschützte Gut sei, daß der Staat durch die Normierung der Verschwiegenheitspflicht gesichert werden solle. Liebmann[28], der das Problem nur beim ärztlichen Berufsgeheimnis behandelte, hat von seiner sozialen Theorie aus wertvolle Beiträge zur Erkenntnis der Bedeutung des Berufsgeheimnisses geleistet. Der Arzt sei, so führt er aus, nicht nur für den einzelnen Krankheitsfall, sondern zugleich für das körperliche Befinden der Gesamtheit da. Die Förderung der letzteren sei der höhere Zweck seiner Kunst. Es sei nicht in das Belieben des Kranken gestellt, zum Zwecke seiner Heilung dem Arzte viele oder wenige Mitteilungen zugehen zu lassen. Der Kranke solle geheilt werden, weil dies das Interesse der Gesellschaft fordere. Er solle daher auch dem Arzte die Heilung ermöglichen und dadurch erleichtern, daß er ihn in den Stand setze, auf Grund richtiger Diagnose gegen das Übel vorzugehen. Die Geheimhaltungspflicht sei das Stimulans, mit welchem die Wissenschaft den Kranken, den sie zum Vertrauen nicht zwingen könne, für ihre Zwecke gewinne. Dem Bestreben des Kranken, gesund zu werden, das durch die Scheu vor der Mitteilung diskreter Dinge zurückgehalten werde, helfe sie im Interesse der Gesellschaft nach, indem sie diese Scheu für unbegründet erkläre, indem sie verspreche, daß Geheimnisse, sie mögen angehen, wen sie wollen, nicht offenbart würden. Aus ähnlichen Erwägungen kommt auch Böhme[29] wiederum nur für das ärztliche Berufsgeheimnis zu ähnlichen Ergebnissen. „Salus rei publicae suprema lex" soll nach seiner Ansicht der leitende Gedanke des Gesetzgebers bei Schaffung des § 300 StrGB. gewesen sein.

Gegen die soziale Richtung wurden von ihren Gegnern zahlreiche Angriffe vorgetragen, die sich zu einem Teil durch den Wandel der Zeit selbst erledigt haben, zu einem Teil leicht widerlegt werden können. So führt Wolff[30] gegen diese „geschraubte Konstruktion" aus, daß es selbstverständlich im Interesse der Gesellschaft liege, daß ihre Mitglieder gesund seien. Dies könne jedoch für die Aufstellung einer Rechtsnorm nur von sekundärer Bedeutung sein. „Wollte man dies zum Prinzip erheben und als Zweck eines staatlichen Gebotes erklären, so wäre dies ein schwerwiegender Übergriff in die Rechtssphäre der Persönlichkeit". Stemberg[31] ist der Ansicht: „Zwar ist das Volk als Gesamtheit interessiert, daß die Heilkunde und Rechtspflege ohne Behinderung ausgeübt werde, doch die Gesamtheit

[28] S. 28, 29.
[29] S. 744.
[30] S. 13.
[31] S. 17.

besitzt nicht das Recht, sich dieses Interesse vom Gesetzgeber sanktionieren zu lassen". Auf solche Einwände, die einem Gemeinschaftsdenken wesensfremd sind, braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Billig ist auch das Argument, daß die Verschwiegenheitspflicht nicht im Interesse der Gesellschaft eingeführt, sondern gerade im Interesse der Gesellschaft in bestimmten Ausnahmefällen suspendiert sei[32]. Damit, daß höhere öffentliche Interessen eine Offenbarung des Geheimnisses fordern können, ist wohl vereinbar, daß gleichfalls öffentliche Interessen einen gesetzlichen Schutz des Geheimnisses normaler Weise erheischen. „Die Einschränkung der Norm verändert nicht den Zweck derselben"[33]. Auch der Umstand, daß die Verfolgung der Tat gem. § 300 Abs. 2 StrGB. nur auf Antrag eintritt, ist kein entscheidender Grund gegen die soziale Richtung. Denn es kann sehr wohl einem öffentlichen Interesse entsprechen, daß das Vertrauen in die Ärzte- und Anwaltschaft und deren erfolgreiches Tätigwerden nicht durch ein obligatorisches Eingreifen der staatlichen Macht zerstört wird[34].

Die soziale Richtung hat das Verdienst, die Interessen der Gesamtheit an einer Wahrung des Berufsgeheimnisses klar herausgestellt zu haben: Körperliche und geistige Gesundheit der einzelnen Volksgenossen, geordnete Rechtspflege, intakte Berufsstände, Vertrauen in die vorgebildeten Heilkundigen und Rechtspfleger. Das Vorhandensein solcher öffentlicher Interessen beim Berufsgeheimnis bestreiten viele Vertreter der individualistischen Richtung gar nicht[35]. Der letzte Zweck allen Rechtes sei ja immer ein öffentlicher. Nach ihrer Meinung ist, wenn auch mannigfaltige Interessen eine Wahrung des Berufsgeheimnisses fordern, alleiniges Rechtsgut doch die Einzelperson. Die Anhänger dieser Ansicht haben innerhalb dieser Grenze wiederum viele Theorien ausgebildet, die sich scharf befehdeten. Einige Autoren nahmen die Persönlichkeit, das Individuum im allgemeinen als Rechtsgut. So sagt z. B. Ortloff[36], das Berufsgeheimnis sei „ein Vergehen gegen die Sicherheit rein persönlicher Angelegenheiten und des Verkehrs von Person zu Person". Schütze[37] ist der Ansicht, daß es ein „strafbarer Eingriff in das innerste Rechtsgebiet der Einzelperson, deren Stellung, Frieden und Sicherheit gefährdend" sei. Nach Serexhe[38] soll durch diese Bestimmung „dem menschlichen Innen- und Empfindungsleben Schutz gewährt werden; diese Sphäre menschlicher Lebensbetätigung soll niemand unberufen verletzen dürfen". Nach Wolff[39] ist geschützt: „das Innenleben, d. h. das Seelen- und Empfindungsleben der Persönlichkeit, die Ehre, der gute Name, die Familienehre und alles, was an solchen immateriellen Gütern einen in Geld nicht umsetzbaren, für die Persönlichkeit notwendigen Lebenswert hat". Olshausen sagt[40]: „Das in § 300 geschützte Rechtsgut ist die Geheimsphäre des privaten In-

---

[32] Günther S. 15; übernommen u. a. von Wolff 14, Zzschock 20, Ludwig 16.
[33] So Hartmann 8.
[34] Daß ein Antragsrecht nicht unbedingt für den Privatcharakter des Rechtsgutes spricht s. Serexhe 51. Umgekehrt sieht z. B. der Code penal belge in der Persönlichkeit das Rechtsgut des Delikts, gibt dieser aber trotzdem kein Antragsrecht.
[35] z. B. Zschock 20, Wolff 13, Hartmann 8.
[36] Die strafbaren Handlungen S. 225.
[37] S. 506.
[38] S. 55, 56.
[39] S. 6.
[40] S. Bd. II S. 1672 § 300 1 b.

dividuums, das subjektive Recht auf Bewahrung dieser Geheimsphäre, das zu den Persönlichkeits- oder Individualrechten gehört".

Die meisten Vertreter der individualistischen Richtung versuchen das durch die Strafbestimmung geschützte Rechtsgut schärfer zu formulieren. Drei verschiedene Ansichten stehen sich hier im wesentlichen gegenüber: die Vertrauens-[41], Interessen-[42] und Willenstheorie[43].

Die Vertrauenstheorie sieht in dem Vertrauen, das dem Heilkundigen oder Rechtsbeistand entgegengebracht und von diesem durch den Treubruch getäuscht wird, das geschützte Rechtsgut. Sie glaubt sich auf den Ausdruck „anvertrauen" im gesetzlichen Tatbestand stützen zu können, übersieht dabei aber, daß gerade das Tatbestandsmerkmal „anvertrauen" in der Praxis eine Auslegung gefunden hat, die mit einem Vertrauens- und Treuverhältnis nichts mehr zu tun hat. Zur Anwendung dieser Theorie wäre immer der schwierige Nachweis eines tatsächlich vorliegenden Vertrauensverhältnisses nötig. Deshalb würde diese Theorie in vielen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Jetzt, wo in § 13 RAO. und § 24 Reichsapothekerordnung neben anvertrauten auch der bisherigen Praxis entsprechend zugänglich gewordene Geheimnisse geschützt werden, ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Geheimnisträger und dem Verpflichteten also sicher nicht gegeben sein muß, ist die Vertrauenstheorie in dieser Form abzulehnen.

Nach der zweiten oben angeführten Ansicht ist das Interesse, daß jemand an der Wahrung seines Geheimnisses hat, gesetzgeberischer Grund für die Normierung einer solchen Pflicht. Das Interesse des Geheimnisträgers richte sich gegen irgendeine Beeinträchtigung seiner gesamten privaten Rechts- und Lebenssphäre, so z. B. seiner wirtschaftlichen Lage, seines Vermögens, seines Kredits, auch seiner Ehre. Dieser Ansicht gegenüber wurde mit Recht bemerkt[44], daß manchmal auch bloße Launen des Geheimnisträgers ohne Zugrundeliegen irgendeines Interesses strafrechtlichen Schutz finden müßten, weil die Mißachtung auch eines solchen Willens manche von einer Konsultation oder anwaltschaftlichen Beratung abhalten könnte. Diese Theorie ist jetzt aus grundsätzlichen Erwägungen deshalb als überlebt anzusehen, weil wir im Recht nicht mehr den Schutz von Interessen, sondern die Lebensordnung des deutschen Volkes sehen.

Rechtsgut des § 300 RStGB. nach der Willenstheorie ist der Wille zur Geheimnisbewahrung, das Delikt „liegt in der verbotenen Mißachtung eines fremden Willens oder einer fremden Willenserklärung"[45]. Zum Begriff des Geheimnisses gehöre ein subjektives Moment, nämlich der Wille zur Geheimhaltung und bei unerlaubter Offenbarung eines Geheimnisses werde folgerichtigerweise dieser Wille verletzt[46].

Durch den Einbruch eines neuen Rechtsdenkens ist verschiedenen Ansichten, wie wir oben gesehen haben, der Boden entzogen worden. Die Neufassung des Berufsgeheimnisses in der RAO. und Reichsapothekerordnung hat zur Lösung dieser Frage beigetragen. Die Zusammenstellung der Geheimnisdelikte mit Straftaten aus strafbarem Eigennutz war eine Verlegen-

---

[41] Die hauptsächlichsten Vertreter: Hippe S. 291, 300, auch RG. Str. 13, 60.

[42] Vertreter dieser Theorie: Liszt 403, Meyer-Allfeld 521, Liebmann 49, Mittermaier 205, Zschock 23.

[43] Vertreter dieser Theorie: Binding Lb. BT. S. 80 ff. Friedersdorff 12, Gransee 19, Rauno 31, Kampfhenkel 12.

[44] S. Sauter 34.

[45] So Binding Lb. BT. 1 S. 80.

[46] So Gransee 18, 19.

heitslösung, die dem tieferen Sinn des Geheimnisschutzes nicht gerecht wurde. Mit Recht führt Zschock[47] aus, daß es besser dem Wesen der Geheimnisdelikte entsprechen würde, sie dem Vorbild des Preußischen Strafgesetzbuches folgend in einem Abschnitt über Ehrverletzungen unterzubringen. Festzuhalten ist jedoch allerdings, daß nicht jede Verletzung der Verschwiegenheitspflicht notwendigerweise die Ehre des Verletzten treffen muß. Der Entwurf 1934 hat das Delikt in einen dem Schutze der Volksgenossen gewidmeten Teil gestellt[48]. Damit ist die rechtliche Struktur des Delikts gekennzeichnet. Die Persönlichkeit ist das Rechtsgut des Geheimnisschutzes, und zwar nicht die einzelne Person losgelöst von der Gesamtheit sondern die in der Gemeinschaft stehende Persönlichkeit[49]. Der große Gegensatz zwischen öffentlichen und privaten Interessen ist einem Gemeinschaftsdenken fremd, die richtigen Kernpunkte der sozialen und individualistischen Richtung treffen im Blickpunkt „Persönlichkeit" zusammen. Die Gemeinschaft, die organische Vereinigung aller Glieder zu einem Ganzen, ist Endzweck allen Rechts. Der Einzelne ist der Gesamtheit unlöslich verbunden und empfängt von dieser seine Aufgaben. Zur Erfüllung dieser Aufgaben braucht die Persönlichkeit eine freie Sphäre, die von der Gemeinschaft um ihrer selbst willen geschützt wird. Die Ehre, die soziale Stellung, die persönlichen Kräfte zur Arbeit für die Gesamtheit, das Innenleben, kurz alles, was wir mit der Sphäre der Persönlichkeit umfassen, ist Rechtsgut des Berufsgeheimnisses. Da sich die zweckbewußte Persönlichkeit im Willen kristallisiert, wird es in den meisten Fällen der auf Geheimhaltung einer Tatsache gerichtete Wille der Persönlichkeit sein, der vor einer Indiskretion geschützt werden soll.

§ 5. Gestaltung des Berufsgeheimnisses in anderen Ländern.

In der Art der Gestaltung des Berufsgeheimnisses zeigt sich der Geist, der die Gesetzgebung eines Landes beherrscht. Als Extreme stehen sich absolute Schweigepflicht und absolutes Rederecht gegenüber. In den meisten Ländern ist die Geheimnispflicht nicht nach diesen extremen Prinzipien gestaltet. Zwischenformen beherrschen die Strafgesetzbücher. Das moderne Recht neigt dazu, die Schweigepflicht gegenüber höheren sittlichen, staatlichen Interessen zurücktreten zu lassen. Vor allem ist dies der Fall in Staaten, in denen die Bindung an die Gemeinschaft im Vordergrund steht. Eine kurze, keineswegs Anspruch auf Vollständigkeit erhebende Übersicht über die wichtigsten Länder soll den jetzigen Rechtszustand zeigen[50].

Eine absolute Schweigepflicht hat das französische Recht. Art. 378 Code penal lautet: „Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de 100 francs à 500 francs.".

Da die Gesetze, die eine Anzeige geboten, aufgehoben wurden, hat der französische Arzt, Apotheker, Geistliche u.s.w. in jedem Fall zu schweigen. Auch die Einwilligung des Anvertrauenden macht die Geheimnisoffenbarung nicht zu einer befugten. Im belgischen Code penal von 1867 Art. 458 hat

[47] S. 17.

[48] Ähnlich auch Mezger Leitfaden S. 79, 84. Dort sind die Geheimnisverletzungsdelikte in den III. Teil, der mit „Schutz der Persönlichkeit" überschrieben ist, eingegliedert.

[49] Ähnlich auch Hinterthuer a.a.O.

[50] Über ausländisches Recht s. Placzek 49 ff.

der Passus des französischen Rechts: „hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs" die Form erhalten: „hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets." Dem französischen Vorbild ist man in Belgien also hinsichtlich der absoluten Gestaltung der Schweigepflicht nicht gefolgt. Zeugnisaussagen vor Gericht und Anzeigen gemeingefährlicher Verbrechen sind erlaubt.

Die meisten Staaten haben ein dem deutschen „unbefugt" entsprechendes Wort, das die Möglichkeit einer Offenbarung gibt. So das Ungarische Strafgesetzbuch von 1878 in § 328: „Öffentliche Beamte, Advokaten, Ärzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen, welche ein ihnen kraft ihres Amtes, ihrer Stellung oder ihrer Beschäftigung zur Kenntnis gelangtes oder anvertrautes, den guten Ruf einer Familie oder einer Person gefährdendes Geheimnis ohne gegründete Ursache einem Dritten offenbaren, begehen ein Vergehen . . ."

Der italienische Codice penale vom 19. 10. 1930 im 2. Buch, 12. Titel, Kapitel III. 5. Abschnitt über die Verbrechen gegen die Unverletzlichkeit der Geheimnisse, in Art. 622:

„Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da lire trecento a cinquemila.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa."

Auch das türkische Strafgesetzbuch von 1926 hat in den Tatbestand des § 198 das Wort „unbefugt" aufgenommen. Ebenso das Strafgesetzbuch für das kaiserlich japanische Reich von 1907 § 134[51]. Eine ganz moderne Regelung des Berufsgeheimnisses hat das neue Polnische Strafgesetzbuch von 1932 in Art. 254:[52]

§ 1. Wer seiner Pflicht zuwider ein Privatgeheimnis offenbart, das er im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufes oder einer öffentlichen Funktion kennen gelernt hat, wird . . . bestraft.

§ 2. Diese Straftat kann sich auch eine bei der Ausübung des Berufes oder der öffentlichen Funktion beschäftigte Hilfsperson zu Schulden kommen lassen.

§ 3. Keine Straftat liegt vor, wenn die Offenbarung des Geheimnisses mit Rücksicht auf begründete öffentliche oder persönliche Interessen erfolgt.

§ 4. Die Strafverfolgung tritt auf Antrag des Verletzten ein.

Nach dem § 498 des österreichischen Strafgesetzbuchs von 1852 ist es Heil- und Wundärzten, Geburtshelfern oder Wehmüttern nur erlaubt, der

---

[51] § 134 lautet: „Ärzte, Apotheker, Drogisten, Hebammen, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare sowie diejenigen Personen, die eine solche Tätigkeit ausgeübt haben, werden, wenn sie unbefugt ein fremdes Geheimnis, welches ihnen bei ihrer Tätigkeit anvertraut oder zu ihrer Kenntnis gelangt ist, offenbaren, . . . bestraft.

Das gleiche gilt für diejenigen Personen, die einen geistlichen Beruf ausüben oder ausgeübt haben, wenn sie unbefugt ein fremdes Geheimnis, welches ihnen bei ihrer Tätigkeit anvertraut oder zu ihrer Kenntnis gelangt ist, offenbaren".

[52] Zit. nach der Übersetzung der Kommission: Das Strafgesetzbuch für die Republik Polen vom 11. Juli 1932, Warszawa 1932.

amtlich anfragenden Behörde gegenüber die ihnen anvertrauten Geheimnisse zu entdecken. Das gleiche bestimmt der § 499 für Apotheker.

Der spanische Codigo Penal von 1929 (Art. 512) bestraft nur denjenigen, der, um die Geheimnisse eines anderen aufzudecken, sich seiner Papiere oder Briefschaften bemächtigt. Bei Veröffentlichung der Papiere tritt Strafverschärfung ein.

Bestimmungen über die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses enthalten u. a. noch das niederländische Strafgesetzbuch von 1881 Art. 272. das portugiesische Strafgesetzbuch von 1852 Art. 290, die Strafgesetzbücher verschiedener Schweizer Kantone (z. B. Genf, Neuenburg, Wallis, Luzern, Bern, Freiburg, Tessin) ebenso der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch Art. 188 und das schwedische Recht[53].

Das Griechische Recht kennt keinen einheitlichen Schutz des Berufsgeheimnisses. Wohl ist es Geistlichen (οἱ ἐκ τοῦ κλήρου) Anwälten und Gerichtsbeiständen (Συνήγοροι und δικαστικοὶ ἀντιληπτορες) gestattet, vor Gericht das Zeugnis über Berufsgeheimnisse zu verweigern. Den Ärzten wird im Lande des Hippokrates ein gleiches Recht nicht gewährt.

In England ist nur den Rechtswahrern die Wahrung der Berufsgeheimnisse zur Pflicht gemacht. Das dem Arzt anvertraute Geheimnis genießt keinen Schutz. Doch ist gerade in England der Gedanke der ärztlichen Schweigepflicht sehr lebendig. Dies zeigt folgender Fall[54]: Der Oberkonstabler eines Landbezirks zog bei Ärzten Erkundigungen über Dinge ein, die bei der Aufbringung von Verbrechen von großem Nutzen sein konnten. Die Ortsgruppe der British Medical Association wandte sich an den zentralen ethischen Ausschuß dieser Organisation um Rat und erhielt folgende Antwort: „Wenn die Polizei einen Arzt auffordert, Namen und Adressen derjenigen Patienten mitzuteilen, die ihn wegen bestimmter Krankheitserscheinungen konsultierten, so sollte dies abgelehnt werden, und zwar mit der Begründung, daß eine solche Handlungsweise einen ungeheuren Bruch beruflichen Vertrauens bedeuten würde, der dem Arzt eine Schadensersatzklage seitens des Patienten einbringen würde". Tatsächlich wird in England die Schadensersatzpflicht bei Verletzung des Berufsgeheimnisses sehr streng genommen. Als Beispiel sei folgender Fall angeführt: Einem englischen Arzt wurde in Ausübung seines Berufes bekannt, daß eine Dame, die mit seiner Frau befreundet war, an einer sehr ernsten ansteckenden Krankheit litt. Er teilte diese Tatsache seiner Frau als Warnung zum Schutze ihrer Gesundheit mit. Die Frau behielt das Geheimnis nicht vollkommen für sich und so hörte die Patientin nach einer Weile Anspielungen, die klar bewiesen, daß der Arzt die Berufsgeheimnispflicht gebrochen hatte. Sie klagte auf Schadensersatz. Der Arzt mußte 10 000 Pf. Sterling bezahlen[55].

In den Vereinigten Staaten ist die Lage ähnlich wie in England: Zeugnisverweigerungsrecht ist nur den Anwälten gegeben; für Ärzte besteht in den meisten Staaten keine Pflicht zu schweigen und kein Recht zur Zeugnisverweigerung[56].

Das Norwegische Strafgesetzbuch von 1912 und das sowjetrussische Strafgesetzbuch von 1926 (im Gegensatz zum zaristischen Recht) kennen keinen Schutz des Berufsgeheimnisses.

---

[53] Zit. bei Placzek 85.

[54] Angeführt bei Dr. Walsh in „America", New York vom 14. 9. 1935, zit. in „Die Auslese" 1936 Heft 3.

[55] Angeführt bei Walsh a.a.O.

[56] S. über die Lage in USA. Walsh a.a.O.

B. Die tatbestandsmäßige widerrechtliche Verletzung des Berufsgeheimnisses.

I. Die Subjekte der Tat.

Nicht allen Menschen legt das Recht die Pflicht auf, die ihnen anvertrauten Geheimnisse zu bewahren. Dazu wäre keine Notwendigkeit vorhanden. Denn niemand ist gezwungen, Leuten, denen er kein Vertrauen schenkt, seine innersten Geheimnisse zu offenbaren. Einige Gruppen von Menschen sind aber in besonderem Maße dazu berufen und in der Lage, in die Geheimnisse ihrer Mitmenschen Einsicht zu nehmen. Es besteht sogar ein gewisser Zwang, ihnen zu offenbaren. Diese Personengruppen haben deshalb eine besondere Treuepflicht gegenüber den ihnen Vertrauenden. Sitte und Gesetz haben diesen Berufsständen eine Schweigepflicht auferlegt.

Die zur Geheimnisbewahrung verpflichteten Personengruppen sind in § 300 StrGB., § 13 RAO. und § 24 Reichsapothekerordnung aufgezählt. § b des Entwurfs 1936 hat den Kreis der Schweigepflichtigen beträchtlich erweitert[57]. Auffallend ist, daß einem Berufsstand, der in weitestem Umfang Zugang zu den tiefsten und innersten Gedanken und Geheimnissen der Menschen findet, nicht die strafrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit auferlegt ist: den Geistlichen. Entsprechende, vor mißbräuchlicher Offenbarung hinreichend schützende Religionsbegriffe haben hier rechtlichen Schutz überflüssig erscheinen lassen[58].

§ 6. 1. Die Personen der Tat nach § 300 StrGB.

a) Rechtswahrer.

Nach Ausscheiden der Ärzte aus dem Tatbestand des Paragraphen durch die Neuformung der ärztlichen Berufspflichten in der RÄO. verbleiben als Hauptgruppe des § 300 die Rechtswahrer, die Rechtsanwälte, Verteidiger in Strafsachen und Notare.

Rechtsanwälte.

Die Neufassung der Rechtsanwaltsordnung vom 21. Februar 1936 (RGBl. I. 107) hat eine Neuordnung der anwaltschaftlichen Berufslaufbahn gebracht. „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Vertreter und Berater in allen Rechtsangelegenheiten. Sein Beruf ist kein Gewerbe,

---

57 Siehe S. 30 ff. der Abhandlung.

58 So Placzek 4. Anders ist die Regelung im französischen Recht. Ausdrücklich erwähnt sind die Geistlichen z. B. im japanischen Strafgesetzbuch.

sondern Dienst am Recht"[59]. Zur Ausübung der Berufstätigkeit bedarf der Anwalt der Zulassung. Voraussetzung für die Zulassung als Rechtsanwalt ist die Fähigkeit zum Richteramt (§ 1 Rechtsanwaltsordnung). Diese wird durch Ablegung zweier Staatsprüfungen erlangt (§ 2 GVG.); außerdem besitzt sie jeder ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an einer deutschen Universität (§ 4 GVG.). Wer die Zulassung als Anwalt erstrebt, hat sich gemäß § 2 der Rechtsanwaltsordnung zur besonderen Ausbildung für den Beruf als Anwalt dem anwaltlichen Probe- und Anwärterdienst zu unterziehen. Der Probedienst dauert normalerweise 1 Jahr (§ 5 des Gesetzes). Nach dem Probedienst wird der Assessor auf regelmäßig 3 Jahre in den Anwärterdienst überwiesen. Sowohl der Assessor im Probedienst wie der Anwaltsassessor sind in gleichem Umfang wie der Rechtsanwalt zur Verschwiegenheit verpflichtet und zur Verweigerung der Aussage berechtigt (§§ 8 Abs. 2, S. 2, 12 Abs. 2, S. 2 des Gesetzes). Nach Ableistung dieses Vorbereitungsdienstes kann der Bewerber Antrag auf Zulassung als Rechtsanwalt stellen, über den der Reichsminister der Justiz im Einvernehmen mit dem Reichsführer des NS-Rechtswahrerbundes entscheidet. Vor der Zulassung wird der Präsident der Reichsrechtsanwaltskammer gutachtlich gehört (§ 16 des Gesetzes). Die Zulassung erfolgt bei einem bestimmten Gericht (§ 15 Abs. 1 des Gesetzes). Die Eintragung in die Rechtsanwaltsliste erfolgt nach der Zulassung (§ 21 Abs. 1 des Gesetzes). Zurücknahme der Zulassung und ihre Voraussetzungen sind geregelt in § 22 ff. des Gesetzes. Die Befugnis, die Amtstätigkeit auszuüben, beginnt mit der Eintragung (§ 21 des Gesetzes). Der Zeitpunkt der Eintragung ist daher auch entscheidend für den Beginn der Verpflichtung zum Schweigen. Die Eintragung in die Liste ist ein konstitutiver Akt. Auch zu Unrecht eingetragene Anwälte unterliegen deshalb der Schweigepflicht.

Eine solche irrtümliche Eintragung kann jedoch nur dann konstitutiv wirken, wenn die Zulassung vorhanden ist[60]. Löschung aus der Rechtsanwaltsliste erfolgt bei Tod des Anwalts, Aufgabe der Rechte aus der Zulassung, Zurücknahme der Zulassung und Verlust der Fähigkeit zur Ausübung des Anwaltsberufs infolge Urteils (§ 28 des Gesetzes). Auch nach der Aufgabe oder Zurücknahme der Zulassung und dem Verlust der Fähigkeit zur Ausübung des Anwaltsberufs und nach der Löschung aus der Liste hat der Anwalt die ihm in Ausübung seines Berufs anvertrauten Geheimnisse zu wahren. Die Verletzung der Schweigepflicht von Seiten des Anwalts kann auch das ehrengerichtliche Verfahren gemäß § 64 ff. des Gesetzes auslösen.

Die Frage der Stellvertretung eines an der Ausübung seines Berufs zeitweise verhinderten Rechtsanwalts ist in § 79 des Gesetzes neu geregelt worden. Grundsätzlich soll nur mehr einem anderen Rechtsanwalt oder einem Assessor die Vertretung übertragen werden. Ausnahmsweise können auch andere Personen, welche die Befähigung zum Richteramt erlangt haben und in ihrer Person die Voraussetzungen für die Berufung in das Reichsbeamtenverhältnis erfüllen, als Stellvertreter benannt werden[61]. Diese Personen sind zwar nicht als „Rechtsanwälte" anzusehen, wohl aber als Gehilfen der Rechtsanwälte und in dieser Eigenschaft trifft sie auch die Verschwiegenheitspflicht des § 300 StrGB.

---

[59] Vorspruch zur Reichsrechtsanwaltsordnung.

[60] S. auch Gransee 29.

[61] Die Übertragung der Stellvertretung an einen Referendar ist also jetzt nicht mehr möglich. Anders nach der alten Fassung der RAO. § 25.

Ausländische Rechtsanwälte, deren Hilfe im Inland in Anspruch genommen wird, können sich nicht nach § 300 StrGB. strafbar machen. Sie sind keine „Rechtsanwälte" im Sinne des § 300 StrGB. und der Rechtsanwaltsordnung, da sie nicht zugelassen und in die Liste der Rechtsanwälte eingetragen sind. Anders ist es natürlich dann, wenn Ausländer im Inland als Rechtsanwälte zugelassen und eingetragen sind. Diese haben dann dieselben Rechte und Pflichten wie die Anwälte mit Reichszugehörigkeit[62].

Die Patentanwälte sind nicht Rechtsanwälte, der § 300 StrGB. ist deshalb für sie nicht direkt anwendbar. Wohl dürfte jedoch eine entsprechende Anwendung der Bestimmung auf die Patentanwälte mit Hilfe des § 2 StrGB. möglich sein.

Advokaten.

„Advokaten" gibt es heute nicht mehr. Diesen Titel führten vor Einführung der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 die Anwälte in einzelnen Bundesstaaten. Die Einfügung des Wortes Advokaten in den Text des § 300 StrGB. ist nur aus dem Rechtszustand zur Zeit der Schaffung des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 zu erklären. Abwegig ist die Ansicht, daß mit dem Ausdruck „Advokaten" ausländische Anwälte dem § 300 StrGB. unterstellt werden sollten[63]. Das Wort ist mit Schaffung einer einheitlichen Ausdrucksweise in der Rechtsanwaltsordnung überflüssig geworden.

Notare.

Bis zur Schaffung der Reichsnotarordnung vom 13. Februar 1937 (RGBl. I. 191) gab es keine reichsrechtliche Regelung für Notare. Ein einheitlicher Stand „Notare" war in Folge dessen im Deutschen Reich nicht vorhanden, in einzelnen Ländern gab es „Notare" überhaupt nicht (in Oldenburg, Waldeck). Mit der Reichsnotarordnung, die gem. § 75 des Gesetzes am 1. Juli 1937 in Kraft getreten ist, ist diese Lücke endgültig ausgefüllt worden.

Der Notar ist der auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege, insbesondere für die Beurkundung von Rechtsvorgängen bestellte Rechtswahrer (§ 1 des Gesetzes)[64]. Die Notare sind keine Beamte, doch sind sie Träger

---

[62] Ausnahme nur hinsichtlich der Eidesformel gem. § 116 des Gesetzes.

[63] So Binding Lb. BT. I S. 126, Wolff 26.

[64] Sein Tätigkeitsbereich ist gem. § 22 ff. Reichsnotarordnung: Beurkundungen jeder Art, Beglaubigung von Unterschriften, Handzeichen und Abschriften, insbes. die Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen, die Vornahme von Verlosungen und Auslosungen, die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen, die Anlegung und Abnahme von Siegeln, die Aufnahme von Protesten, die Zustellung von Erklärungen, sonstige Bescheinigungen über amtliche von ihm wahrgenommene Tatsachen, Entgegennahme einer Auflassung, Ausstellung von Teilhypotheken- und Teilgrundschuldbriefen, Auseinandersetzung eines Nachlasses oder des Gesamtguts einer Gütergemeinschaft, Durchführung von freiwilligen Versteigerungen, Ausstellung von Bescheinigungen über die Vertretungsberechtigung der bei einer Beurkundung oder Unterschriftsbeglaubigung Beteiligten, sofern sich die Vertretungsberechtigung aus einer Eintragung im Handelsregister oder einem ähnlichen Register ergibt, in beschränktem Maße die Abnahme von Eiden (§ 24 des Gesetzes), die Aufbewahrung von Geld,

eines öffentlichen Amtes und führen ein Amtssiegel. Sie stehen zum Führer und Reich in einem öffentlich-rechtlichen Treuverhältnis. Ihr Beruf ist kein Gewerbe (§ 2 des Gesetzes). Fachliche Voraussetzung für die Ernennung zum Notar ist die Fähigkeit zum Richteramt. Als persönliche Erfordernisse verlangt das Gesetz Reichsbürgerschaft, Reinheit des Blutes, Gewähr für rückhaltloses Eintreten für den nationalsozialistischen Staat und Eignung nach der inneren Haltung und Leistung für das Amt des Notars (§§ 3, 4 des Gesetzes). Der Bestellung zum Notar geht in der Regel ein einjähriger Probedienst und ein dreijähriger Anwärterdienst als Notariatsassessor voraus (§ 5 Abs. 1 des Gesetzes). Der Assessor hat gem. § 5 Abs. 2 des Gesetzes die Schweigepflicht im selben Umfang wie der Notar. Die Notare werden nach § 13 des Gesetzes vom Reichsminister der Justiz durch Aushändigung einer Bestallungsurkunde bestallt. Mit der Bestallung unterliegt der Notar der Schweigepflicht. Der Notar kann, wenn dies einer geordneten Rechtspflege dienlich ist, bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk er seinen Amtssitz hat, als Rechtsanwalt zugelassen werden (§ 8 des Gesetzes). Nicht dagegen kann der Notar gleichzeitig besoldeter Beamter sein (§ 9 des Gesetzes). Der Notar hat das Amt getreu seinem Eid zum Wohle der Volksgemeinschaft zu verwalten (§ 15 Abs. 1 des Gesetzes). Die Verschwiegenheitspflicht ist in § 19 des Gesetzes für den Notar besonders formuliert:

„Der Notar hat, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, über die ihm bei seiner Berufsausübung bekanntgewordenen Angelegenheiten Verschwiegenheit gegen jedermann zu bewahren und diese auch den bei ihm beschäftigten Personen zur Pflicht zu machen. Die Pflicht zur Verschwiegenheit fällt weg, wenn die Beteiligten den Notar davon befreien; ist ein Beteiligter verstorben oder eine Äußerung von ihm nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erlangen, so kann an seiner Stelle die Aufsichtsbehörde die Befreiung erteilen.

Bestehen im Einzelfall Zweifel über die Pflicht zur Verschwiegenheit, so kann der Notar die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nachsuchen. Soweit diese die Pflicht verneint, können daraus, daß sich der Notar geäußert hat, Ansprüche gegen ihn nicht hergeleitet werden.

Die Pflicht zur Verschwiegenheit bleibt auch nach dem Erlöschen des Amtes bestehen".

Die Ersatzpflicht für den durch die Verletzung der Amtspflicht entstehenden Schaden regelt § 21 des Gesetzes. Hat der Notar in einem Zweifelsfall gem. § 19 Abs. 2 des Gesetzes die Erlaubnis der Aufsichtsbehörde zur Offenbarung eingeholt und diese die Pflicht verneint, so ist in einer auf Grund dieser Erlaubnis erfolgten Preisgabe des Geheimnisses keine Verletzung des § 300 StrGB. zu sehen, denn die Aufsichtsbehörde hat die Schweigepflicht als nicht bestehend verneint[65]. Die Bestallung des Notars erlischt mit dem Tode, durch freiwillige Niederlegung, durch Fortfall der Zulassung als Rechtsanwalt im

---

Wertpapieren und Kostbarkeiten und ihre Ablieferung an Dritte, die Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege, insbes. die Anfertigung von Urkundsentwürfen und die Beratung der Beteiligten.

65 So auch Seybold-Hornig 119, Schieck 43. Genehmigt dagegen die Dienstaufsichtsbehörde nur in Vertretung eines oder mehrerer Beteiligter gem. Abs. 1 die Offenbarung, so entfällt die strafrechtliche Verantwortung nicht, wenn eine neben der Zustimmung der Dienstaufsichtsbehörde erforderliche Zustimmung eines weiteren Beteiligten nicht vorliegt. So Seybold-Hornig a.a.O.

Falle des § 8 des Gesetzes, durch Amtsverlust in Folge strafgerichtlichen Urteils, durch Amtsenthebung oder durch Entfernung aus dem Amt durch dienststrafgerichtliches Urteil (§ 36 des Gesetzes). Wenn der Notar gem. § 42 des Gesetzes von der Aufsichtsbehörde seines Amtes vorläufig entbunden ist, unterliegt er trotzdem hinsichtlich der ihm bei verbotener Amtsausübung anvertrauten Geheimnisse der Schweigepflicht.

Ist der Notar länger als eine Woche von seinem Amtssitz abwesend oder ist er aus tatsächlichen Gründen länger als eine Woche an der Ausübung seines Amtes verhindert, so kann ihm von der Aufsichtsbehörde auf seinen Antrag ein Vertreter bestellt werden (§ 30 des Gesetzes). Die Bestellung kann auch von vornherein für die während eines Kalenderjahres eintretenden Behinderungsfälle ausgesprochen werden. Zum Vertreter darf nur bestellt werden, wer fähig ist, das Amt eines Notars zu bekleiden. Der Vertreter hat die Schweigepflicht ebenso wie der Notar (§ 30 Abs. 3 des Gesetzes). Die Amtsbefugnisse des Vertreters und damit seine Pflichten beginnen mit der Übernahme des Amtes und enden, wenn die Bestellung nicht vorher widerrufen wird, mit der Übergabe des Amtes an den Notar. Ist der Notar zugleich gem. § 8 Abs. 2 des Gesetzes als Rechtsanwalt zugelassen, so gelten für ihn die Bestimmungen über die Schweigepflicht des § 19 des Gesetzes nur insoweit, als es sich um seine notariellen Geschäfte handelt.

Verteidiger in Strafsachen.

Verteidiger in Strafsachen sind zur Abwehr eines vom Staate zur Vergeltung für verübte Verbrechen erhobenen Strafanspruchs bestellte oder gewählte Personen[66]. Strafsachen sind hier nur Kriminalstrafsachen. Wer Verteidiger sein kann, bestimmen die §§ 138 ff. StrPO., § 341 M.StrGO.

Die Bestellung eines Verteidigers erfolgt gem. § 140 StrPO. bei notwendiger Verteidigung und in anderen Fällen auf Antrag oder von Amtswegen nach § 141 StrPO. Als Verteidiger können bestellt werden in erster Linie natürlich die im betreffenden Gerichtsbezirk zugelassenen Rechtsanwälte, dann auch Justizbeamte, welche nicht als Richter angestellt sind, sowie solche Rechtskundige, welche die vorgeschriebene erste Prüfung für den Justizdienst bestanden haben § 144 Abs. 1 und 2. Die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers erfolgt durch den Vorsitzenden des Gerichts, im vorbereitenden Verfahren durch den Amtsrichter.

Zu Verteidigern gewählt werden können die bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen (auch Extraordinarien und Privatdozenten, auch an technischen- und Handelshochschulen) § 138 Abs. 1 StrPO. Mit Genehmigung des Gerichts können andere Personen (auch Frauen und Ausländer) als Wahlverteidiger zugelassen werden, wenn der Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt und der Gewählte nicht zu den Personen gehört, welche zu Verteidigern bestellt werden dürfen, jedoch nur in Gemeinschaft mit einer solchen, § 138 Abs. 2 StrPO. In Militärstrafprozessen können gem. § 260 MStrGO. als Verteidiger auftreten: Offiziere, richterliche Militärjustizbeamte und die bei den Militärgerichten beschäftigten Assessoren und Referendare, nichtrichterliche Wehrmachtsbeamte im Offiziersrang und Rechtsanwälte, die bei einem deutschen Gericht zugelassen sind.

Da der Tatbestand des § 300 StrGB. nur dann gegeben ist, wenn das Geheimnis kraft Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut worden ist,

---

[66] Gransee 34.

können sich nur diejenigen der oben genannten Personen durch Geheimnisverrat strafbar machen, die Verteidiger kraft Amtes, Standes oder Gewerbes sind. Bei den bestellten Verteidigern, Anwälten, Justizbeamten und Referendaren, ist immer einer der 3 Begriffe anwendbar. Ebenso bei den gewählten Verteidigern, soweit sie Rechtsanwälte, Hochschullehrer und Referendare sind. Zweifelhaft ist es nur bei den anderen Personen, die gem. § 138 Abs. 2 StrPO. zugelassen werden können. Nach Olshausen[67] ist die Verteidigung in Strafsachen ein öffentliches Amt. Diese Ansicht ist abzulehnen. Die Verteidigung ist eine rein private Angelegenheit, die lediglich zugunsten des Delinquenten erfolgt[68]. Auch einen Stand der „Verteidiger in Strafsachen" gibt es nicht[69]. Ob die Verteidigung kraft Gewerbes ausgeführt wird, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Eine Gewerbetätigkeit ist die Verteidigung als solche jedenfalls nicht[70].

Die Pflicht zur Verschwiegenheit beginnt mit der Bestellung (§ 144 StrPO.), Annahme der Wahl (§ 138 Abs. 1 StrPO.), oder Bestätigung als Verteidiger durch das Gericht (§ 138 Abs. 2 StrPO.). Die Stellung als Verteidiger in Strafsachen endet mit der Beendigung des Prozesses, unter Umständen schon früher mit der Zurücknahme der Bestellung. Die während der Tätigkeit als Verteidiger erlangten Geheimnisse sind auch nach der Beendigung dieser Tätigkeit geheim zu halten.

b) Personen der Heilpflege.

Zahnärzte.

In dieser Gruppe waren früher bei weitem der wichtigste Personenkreis die Ärzte. Die ärztlichen Aufgaben, Rechte und Pflichten sind durch die Reichsärzteordnung vom 13. 12. 1936 neu geregelt worden. Gem. § 85 dieses Gesetzes ist der § 300 StrGB. insoweit außer Kraft getreten, als er sich auf den ärztlichen Beruf im Sinne dieses Gesetzes bezieht. Arzt im Sinne der Reichsärzteordnung (§ 2 RÄO.) ist nur, wer von der zuständigen deutschen Behörde als „Arzt" bestallt ist. Zahnärzte und Tierärzte fallen also nicht unter die Reichsärzteordnung[71]. Hat nun der Begriff „Ärzte" in § 300 StrGB. dieselbe Bedeutung wie der der Reichsärzteordnung? Ist mit der Einführung der Reichsärzteordnung das Wort „Ärzte" im Tatbestand des § 300 StrGB. gegenstandslos geworden oder ist der Begriff des Strafgesetzbuches weiter als der der Ärzteordnung? Mit Bejahung der letzten Frage würde das Wort „Ärzte" auch weiterhin im Tatbestand des § 300 StrGB. seinen Sinn haben. Praktisch bedeutsam ist die Frage für die Zahnärzte. Fallen die Zahnärzte unter den Begriff „Ärzte" des § 300 StrGB.? Diese im Schrifttum höchst bestrittene Frage soll im folgenden untersucht werden.

Zur Bestimmung der Begriffe „Arzt" und „Zahnarzt" wird meist die Gewerbeordnung herangezogen. Dies geschieht jedoch deshalb mit wenig Er-

---

67 Bd. II S. 1679.
68 So Gransee 34.
69 a. A. Rauno 66.
70 So zu Recht Gransee 35.
71 Die Reichsärzteordnung findet nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1 der 1. VO. zur Durchführung und Ergänzung der Reichsärzteordnung vom 31. März 1936 (RGBl. I 338), soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, auf Zahnärzte und Tierärzte nur dann Anwendung, wenn diese zugleich auch als Ärzte bestallt sind.

folg, weil die Gewerbeordnung selbst verschiedene Auslegungsmöglichkeiten bietet (Siehe einerseits die §§ 29 Abs. I, 147, andrerseits § 29 Abs. 5). Wolff[72] will zur Lösung des Problems die Prüfungsordnungen für Ärzte und Zahnärzte aus den Jahren 1889 und 1901 heranziehen. Die Anschauungen und Begriffsbestimmungen der Gewerbeordnung aus den Jahren 1869, 70, neugefaßt 1900, und der alten Prüfungsordnungen können heute nicht mehr maßgebend sein. Der Begriff „Ärzte" in § 300 StrGB. ist nach modernem Denken auszulegen. Die Ausbildung der Zahnärzte ist heute so, daß man nicht zwischen Ärzten einerseits und Zahnärzten, Kurpfuschern usw. andrerseits unterscheidet, sondern daß man Ärzte, Zahnärzte, kurz alle, die akademische Ausbildung genossen haben und staatliche Bestallung haben, den Naturheilkundigen usw. gegenüberstellt. Nach der tatsächlichen Ausbildung, nach dem tatsächlichen Können, nach der Stellung im Leben also sind die Zahnärzte unbedingt unter den Begriff „Ärzte" des § 300 StrGB. zu fassen. Daß in § 300 StrGB. die Zahnärzte nicht erwähnt sind, ist historisch zu verstehen. Zur Zeit der Schaffung des Reichsstrafgesetzbuches gab es keine richtig ausgebildeten Zahnärzte, die zahnheilkundliche Tätigkeit versahen damals meist die Bader. Heute ist aber der Zahnarzt eine Art Spezialarzt. Die Studierenden der Zahnheilkunde erhalten eine umfassende Ausbildung, z. B. in allgemeiner Pathologie, patholog. Anatomie, Hygiene, Mund- und Zahnkrankheiten[73]. Wollte man eine Unterstellung der Zahnärzte unter § 300 StrGB. ablehnen, würde man sie auf eine Stufe mit den Dentisten stellen. Der Zahnarzt ist häufig in der Lage, Geheimnisse an seinen Patienten wahrzunehmen, die diese unter keinen Umständen geoffenbart wissen wollen: Er erkennt z. B. bei Behandlung einer Mundkrankheit Lues. In solchen Fällen hat der Zahnarzt zu schweigen. Das Wort „Ärzte" bleibt mit der Sinndeutung „Zahnärzte" im Tatbestand des § 300 StrGB.

Eine besondere Hervorhebung der Verschwiegenheitspflicht der Zahnärzte ist in der Hamburger Ärzteordnung vom 21. 12. 1894[74] und der Lübecker Medizinalordnung vom 26. 7. 1899[75] zu finden. Das kommende Recht sieht in § b des Entwurfs 1936 nicht nur eine Schweigepflicht für Zahnärzte sondern auch eine solche für Dentisten vor.

Wundärzte.

Wundärzte gibt es heute nicht mehr. Sie waren staatlich geprüfte Medizinalpersonen, die nur für einen Kreis bestimmter nicht vollärztlicher, sondern wesentlich nur chirurgischer Vorrichtungen approbiert waren. Sie standen zwischen den Vollmedizinern und Naturheilkundigen. Sie waren nur technisch, nicht akademisch vorgebildet (ähnlich unseren Zahntechnikern). Mit dem Wegfall der Fachschulen für Chirurgen verschwanden sie.

Hebammen.

Hebammen sind weibliche Personen, die auf Grund eines von der zuständigen Landesbehörde ausgestellten Zeugnisses über die erfolgreiche Ablegung der gem. § 30 Gew.O. vorgeschriebenen Prüfung gewerbsmäßig die besondere ärztliche Kenntnisse nicht erforderliche Hilfe bei Geburten leisten[76].

---

[72] S. 28.
[73] Beispiele bei Gransee 37.
[74] S. Zeitschrift für Medizinalbeamte 1895 S. 49, Wolff 30.
[75] S. Zeitschrift für Medizinalbeamte 1899 S. 536, Wolff 30.
[76] Ähnlich Wolff 32, Gransee 39.

Nur staatlich geprüfte Hebammen, die sich im Besitze eines staatlichen Prüfungszeugnisses befinden, fallen unter die Schweigepflicht des § 300 StrGB. In § 147 Abs. 1 Ziff. 3 Gew.O. sind die Hebammen nicht erwähnt (auch die Apotheker nicht). Die unbefugte Benutzung ihres Namens ist also nicht strafbar. Daraus ist aber nicht zu schließen, das § 300 StrGB. auch auf nicht geprüfte Hebammen Anwendung findet[77]. Nicht unter die Schweigepflichtigen fallen die staatlich ausgebildeten „Wochenbettpflegerinnen" sowie männliche Geburtshelfer.

In verschiedenen Ländern ist die Schweigepflicht für die Hebammen als besondere Berufspflicht festgelegt, deren Verletzung disciplinarische Bestrafung nach sich zieht, z. B. in Bayern § 11 der Dienstanweisung für die Hebammen vom 9. 6. 1899 (GVBl. 417); in Preußen § 14 der Dienstanweisung für die Hebammen von 1905, jetzt v. 15. 11. 27 (VMBl. 1928, 163). Die Neuschaffung des Strafrechts sieht in § b des Entwurfs 1936 Verschwiegenheitspflicht nicht nur für Hebammen, sondern auch für die staatlich geprüften Wochenbettpflegerinnen und männlichen Geburtshelfer vor.

c) Gehilfen dieser Personen.

Unter Gehilfen im Sinne des § 300 StrGB. sind Personen zu verstehen, die berufsmäßig einer der in § 300 genannten Person bei deren berufsmäßiger Tätigkeit Hilfsdienste leisten. Über den gesetzgeberischen Zweck und die Notwendigkeit ihrer Einfügung in den Tatbestand führen die Motive zum Strafgesetzbuch (S. 140) folgendes aus: „. . . die Erweiterung der Personenkategorien wird durch das Verhältnis der betreffenden Personen selbst gerechtfertigt. . . Dieselben sind infolge ihrer, wenn gleich nebensächlichen Mitwirkung häufig in gleichem Maße in die Geheimnisse der hilfesuchenden Personen eingeweiht wie die Prinzipale selbst, wie andrerseits diese selbst nicht selten unbedingt auf die Unterstützung ihrer Gehilfen angewiesen sind und auf ihre Verschwiegenheit sich ebenso wie die Hilfesuchenden selbst verlassen müssen".

Die Tätigkeit des Gehilfen muß kraft seines Amtes, Standes oder Gewerbes erfolgen. Einen allgemeinen Gehilfenstand gibt es wohl nicht. Gehilfe kraft eines Standes ist z. B. der Referendar. Meist erfolgt die Gehilfentätigkeit gewerbsmäßig. Eine bloß gelegentliche, zufällige Hilfeleistung begründet keine Gehilfenstellung (daher nicht Gehilfin die Frau des Zahnarztes z. B.).

Die Tätigkeit des Gehilfen muß eine Gehilfentätigkeit sein. Die Person, der die Gehilfentätigkeit geleistet wird, muß durch sie irgendwie unterstützt, gefördert werden u. zw. muß dieser Person gerade in ihrer Berufstätigkeit gedient werden. Deshalb ist z. B. nicht Gehilfe das Dienstmädchen oder der Wärter, der die Türe öffnet, der Chauffeur eines Anwalts, auch nicht die Empfangsdame, das Mädchen bei einer Hebamme, das den Besuch einer Frau sieht, oder die Putzfrau.

Die Qualität der geleisteten Arbeit ist unerheblich, irgendwelche wissenschaftliche Vorbildung ist nicht nötig. Gehilfe ist nicht nur der Schreiber des Notars und die Bürogehilfin des Anwalts, sondern auch der Referendar, ja sogar der Hochschullehrer, der einem Anwalt ein Gutachten erstattet. Auch auf Dauer, Zweck und Bezahlung der geleisteten Arbeit kommt es nicht an. Typische Gehilfen sind z. B. die Zahntechniker, die einem Zahnarzt Hilfsdienste leisten. Auch Ausländer können Gehilfen sein. Hier gilt allgemein die

---

[77] a. A. Hartmann 15.

Regel des § 3 StrGB.[78]. Es können sich unter Umständen auch ausländische Rechtsanwälte, die zwar nicht als Rechtsanwälte im Sinne des § 300 StrGB. der Schweigepflicht unterliegen, als Gehilfen strafbar machen. Der § 300 StrGB. verlangt nicht, daß das Geheimnis dem Gehilfen gerade vom Patienten oder Klienten selbst anvertraut wurde, es genügt, wenn er es von seinem Prinzipal erfahren hat.

Die Regelung des § 300 StrGB. hat sich in der Praxis als zu eng erwiesen. Für Ärzte hat schon § 13 der RÄO. die notwendige Ausdehnung gebracht[79]. Dieser Regelung ist auch § b des Entwurfs 1936 gefolgt[80].

2.

§ 7. Die Subjekte der Tat nach der Reichsärzteordnung und Reichsapothekerordnung.

a) Ärzte und Apotheker.

Arzt im Sinne der Reichsärzteordnung ist nur, wer von der zuständigen deutschen Behörde gemäß den Bestimmungen des § 2 ff. RÄO. als Arzt bestallt ist. Die Bestallung als Arzt erhält nach § 3 RÄO., wer die Voraussetzungen der Bestallungsordnung erfüllt, die nach Anhörung der Reichsärztekammer vom Reichsminister des Innern erlassen wird. Bis zu deren Erlassung finden die Bestimmungen der gem. § 19 Abs. 2 Gew.O. erlassenen Prüfungsordnung für Ärzte vom 5. Juli 1924 in der Fassung vom 6. Febr. 1935 Anwendung. Die Bestallungsordnung wird nur mehr die fachlichen Voraussetzungen der Bestallung enthalten. Die Prüfungsordnung enthält auch die allgemeinen Voraussetzungen und ist insoweit durch die neuen Vorschriften der Reichsärzteordnung § 3 ff. ersetzt worden. Die Bestallung ist zu versagen, wenn der Bewerber die bürgerlichen Ehrenrechte nicht besitzt, wenn sich aus Tatsachen ergibt, daß dem Bewerber die nationale oder sittliche Zuverlässigkeit fehlt, insbesondere wenn schwere strafrechtliche oder sittliche Verfehlungen vorliegen, wenn der Bewerber durch berufsgerichtliches Urteil für unwürdig erklärt ist, den ärztlichen Beruf auszuüben, wenn dem Bewerber infolge eines körperlichen oder geistigen Gebrechens oder einer Sucht die erforderliche Eignung oder Zuverlässigkeit fehlt oder wenn der Bewerber rassischen Erfordernissen nicht genügt (§ 3 RÄO.). Die Bestallung erlischt mit Aberkennung der Staatsangehörigkeit oder Widerruf der Einbürgerung (§ 4 RÄO.). Die Bestallung ist zurückzunehmen, wenn eine der vorher genannten Voraussetzungen der Bestallung irriger Weise angenommen wurde oder später weggefallen ist (§ 5 RÄO.). Ein Verzicht auf die Bestallung ist nach § 8 Abs. 1 RÄO. zulässig. Ist gemäß § 5 Abs. 5 RÄO. die Ausübung des ärztlichen Berufs vorläufig verboten oder ruht gemäß § 7 RÄO. diese Befugnis oder hat der Arzt auf die Ausübung des ärztlichen Berufs gemäß § 8 Abs. 2 RÄO. verzichtet, so besteht in diesen Fällen zwar ein Verbot der Berufsausübung nach § 9 RÄO., die Eigenschaft als Arzt und damit die Schweigepflicht wird dadurch jedoch nicht berührt. Der Arzt hat die ihm während seiner Berufszeit anvertrauten Geheimnisse auch dann zu wahren, wenn die Bestallung erloschen, zurückgenommen oder auf sie verzichtet ist. Nach § 84 RÄO. gilt eine auf Grund der bisherigen Gesetze erteilte Approbation als Bestallung im Sinne der Reichsärzteordnung.

---

[78] S. RGK. § 300, 2.
[79] S. S. 28 der Abhandlung.
[80] S. S. 32 der Abhandlung.

Ein Kriterium ärztlicher Tätigkeit wird normaler Weise die Beschäftigung mit der Heilung menschlicher Krankheiten sein. Daß dies nicht notwendig so sein muß, hat Collmann[81] mit dem Beispiel des Pathologen gezeigt. Der Pathologe ist Arzt im Sinne der Reichsärzteordnung. Er übt jedoch keine praktische Heiltätigkeit aus, sondern beschäftigt sich mit der wissenschaftlichen Erforschung von Krankheiten am toten Material (vornehmlich mit der Sektion). Er unterliegt insofern nicht der Schweigepflicht des § 300 StrGB., sonist nur ev. der Verpflichtung des Beamten zur Wahrung des Amtsgeheimnisses unterworfen[82].

Der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen auch die im Ausland approbierten Ärzte, denen gem. § 11 Abs. 1 RÄO. vom Reichsminister des Innern die Ausübung des ärztlichen Berufs innerhalb des Deutschen Reiches widerruflich gestattet ist (§ 11 Abs. 3 RÄO.). Haben sie diese Erlaubnis nicht, so können sie im Inland nicht mit der Bezeichnung „Arzt" auftreten, nicht einmal mit einem die ausländische Approbation betreffenden Zusatz §§ 11, 16 RÄO.[83]. Nicht unter die Bestimmung des § 13 RÄO. fallen neben den Zahn- und Tierärzten[84] alle nicht-approbierten Heilkundigen, die sog. geprüften Masseure, Naturheilkundige, Augendiagnostiker, Biochemiker, Magnetopathen, „Naturärzte", Bader, Heilgehilfen, Kurpfuscher, Heilmagnetiseure, Hypnotiseure, Leichenbeschauer, Krankenpfleger, Orthopäden usw. Personen, die eine Konzession gem. § 30 Gew.O. zur Unterhaltung einer Privat-, Kranken-, Entbindungs- oder Irrenanstalt haben, sind noch keine Ärzte.

Nach Mittermaier[85] ist die Bestallung nicht notwendige Voraussetzung für die Unterordnung unter die Bestimmungen der Reichsärzteordnung. Entscheidend ist nach seiner Meinung, daß der Täter als Arzt ausgebildet ist und gehandelt hat. Er stützt sich dabei auf die §§ 9, 83 RÄO. Diese Ansicht ist m. E. abzulehnen. Nach § 83 RÄO. unterstehen Personen, welche die ärztliche Prüfung bestanden haben, aber nicht als Ärzte bestallt sind, ebenfalls der Reichsärztekammer und unterliegen den ärztlichen Pflichten, es sei denn, daß sie der Kammer gegenüber schriftlich erklären, daß sie ihre Ausbildung als Arzt nicht fortsetzen. Dieser Paragraph will nur solche Personen ergreifen, die zwischen ärztlicher Prüfung und Bestallung stehen und den ärztlichen Beruf nicht aufgeben wollen, gleichgültig ob sie nun eine Praktikantenstelle innehaben oder nicht, nicht aber sämtliche medizinisch Ausgebildeten und Handelnde, die keine Bestallung besitzen, trotzdem aber menschliche Krankheiten heilen. Nach § 83 RÄO. sind alle zwischen der ärztlichen Prüfung und der Bestallung Stehenden, wenn sie nur die ärztliche Ausbildung fortsetzen, (also Medizinalpraktikanten, Volontäre usw.) zum Schweigen verpflichtet.

Selbstverständlich sind auch Ärztinnen Ärzte im Sinne der Reichsärzteordnung[86].

Mit der Reichsapothekerordnung vom 18. 4. 1937 (in Kraft ab 1. 7. 1937) sind die Rechte und Pflichten der Apotheker auf eine neue Basis gestellt werden. „Der Apotheker ist zum Dienste an der Gesundheit des Volks

---

81 S. 126.

82 Wie im Text Collmann 126, a. A. Sauter 196.

83 Siehe zu dieser Frage Karl Schäfer in „Deutsche Justiz" 1936, Ausg. A, Nr. 10, S. 373.

84 Siehe jedoch die Ausnahme in Anm. 71.

85 In Mon.Krim.Psych. 1936 Heft 3.

86 Das LG. Frankfurt a. M. hat in einer Entscheidung von 1911, zit. bei Collmann 126, die Ansicht vertreten, daß Ärztinnen nicht als Ärzte im Sinne des § 300 StrGB. anzusehen sind.

berufen; ihm liegt im besonderen die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln ob. Hierdurch erfüllt er eine öffentliche Aufgabe". § 1 des Gesetzes. Voraussetzung für die Ausübung des Apothekerberufs im Deutschen Reich ist die Bestallung als Apotheker durch die zuständige deutsche Behörde § 2 des Gesetzes. Die Bestallung als Apotheker erhält, wer die Erfordernisse der Bestallungsordnung für Apotheker vom 8. Oktober 1937 (RGBl. I, 1118) erfüllt. Diese Bestallungsordnung regelt die Gründe für die Erlöschung, Versagung, Zurücknahme und Wiedererteilung der Bestallung ähnlich der RAO. Gem. § 3 des Gesetzes kann einem im Ausland bestallten Apotheker die Ausübung des Apothekerberufs innerhalb des Deutschen Reichs widerruflich gestattet werden. Auch diese im Ausland bestallten Apotheker trifft gem. § 3 Abs. 2 des Gesetzes die Schweigepflicht des § 24 Reichsapothekerordnung. Die Verletzung der Schweigepflicht kann neben der in § 24 des Gesetzes angedrohten Strafe auch berufsgerichtliche Bestrafung (§ 15 ff. des Gesetzes) nach sich ziehen.

b) Gehilfen dieser Personen.

Hier ist vor allem auf die Definition und die Ausführungen über Gehilfen im gleichnamigen Abschnitt c des § 6 zu verweisen[87]. In Abs. 2 des § 13 RAO. ist endgültig klar gestellt, daß nur berufsmäßig tätige Gehilfen der Verschwiegenheitspflicht unterliegen (übereinstimmend mit der bisher herrschenden Auslegung und Rechtsprechung). Als Beispiele für Gehilfen des Arztes können angeführt werden: Kranken-, Operations- und Röntgenschwestern, das gesamte Warte- und Pflegepersonal der Anstalten, Sprechstundenhilfen, Masseure, der Klinikdiener, der die Instrumente reinigt, Assistenten, Famuli, Studenten, die bei einer Operation zur Unterstützung zugezogen werden. Wenn jemand auf Wunsch der operierten Person an der Operation teilnimmt, so ist er nicht Gehilfe im Sinne des Gesetzes. Gehilfe ist nur, wer auf Wunsch des Arztes teilnimmt[88].

Als wesentlichen Fortschritt, den schon die Entwürfe 1925 § 293 und 1927 § 325 forderten, hat § 13 RAO. in Abs. 2 die Ausdehnung der Strafdrohung auf Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, gebracht. Unter die Schweigepflicht fallen damit insbesondere Medizinstudenten, auch Personen, die sich als Heilgehilfen ausbilden wollen, Angehörige von Fachschulen über Geburtshilfe, wenn diese Fachschulen im Rahmen der berufsmäßigen Ausbildung besucht werden, auch Referendare, die an gerichtlich-medizinischen oder kriminologischen Kursen mit Vorführungen teilnehmen.

Der § 24 der Reichsapothekerordnung stellt in Abs. 1 S. 2 dem Apothekenleiter seine pharmazeutischen Mitarbeiter und die Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind, gleich.

c) Nicht kraft ihres Berufs zur Geheimnisbewahrung verpflichtete Personen.

Nach § 13 Abs. 2 S. 2 RAO. wird auch bestraft, wer nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt veröffentlicht. Damit ist der Rahmen des Berufsgeheimnisses eigentlich

---

[87] S. S. 25, 26 der Abhandlung.
[88] So auch Finger 355, Hartmann 16.

gesprengt. Diese Personen haben nicht mehr kraft ihrer Berufsausübung zu schweigen. Der Zusammenhang mit dem ärztlichen Beruf bleibt trotzdem auch hier gewahrt: Nur solche Personen müssen schweigen, die das Geheimnis unmittelbar von einem verstorbenen Arzt oder aus dessen Nachlaß erlangt haben. Also der Erbe, der Rechtsnachfolger der Praxis, nicht dagegen, wer z. B. die Krankenjournale des Arztes als Altpapier vom Erben kauft. Die Schweigepflicht geht also nicht vom zweiten auf die späteren Besitzer über. Auch die Offenbarung durch weitere Erben ist nicht strafbar[89]. Die Notwendigkeit einer Ausdehnung der Schweigepflicht auf diese nicht-ärztlichen Personen wurde schon lange erkannt[90]. Mit der Reichsärzteordnung ist diese Forderung zum ersten Male verwirklicht worden.

Die scheinbare Inkonsequenz des Gesetzes, die darin liegt, daß der Dritte, der ein Geheimnis durch den Arzt erfahren hat, sich erst dann strafbar macht, wenn er es nach dem Tode verbreitet, straflos dagegen bleibt, wenn er zu Lebzeiten des Arztes ausplaudert, beruht nicht nur darauf[91], daß man sich scheute, sich gesetzgeberisch einer schwer durchführbaren strafrechtlichen Erfassung von Vertrauensbrüchen allgemeiner Art unter Lebenden anzunehmen. Zu beachten ist hier vielmehr, daß ein wirkliches Bedürfnis nach strafrechtlicher Sicherung solange nicht vorliegt, als der zunächst zum Schweigen Verpflichtete noch lebt, da dieser selbst am besten für die Geheimhaltung Sorge tragen wird.

Nur dann besteht eine Pflicht zur Geheimnisbewahrung, wenn das Geheimnis von dem zur Wahrung des Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten, dem Arzt also, oder aus dessen Nachlaß erlangt ist. Geheimnisse, die von Gehilfen oder aus deren Nachlaß erlangt sind, dürfen weiter erzählt werden. Die nicht-ärztlichen Personen müssen, um bestraft werden zu können, das Geheimnis veröffentlicht, also öffentlich verbreitet haben[92]. Eine bloße Offenbarung genügt nicht. Ein Grund für diese beiden Einschränkungen ist nicht ersichtlich. Deshalb sind sie mit Recht in Abs. 2 des § 24 der Reichsapothekerordnung, der sonst eine wörtliche Wiedergabe des § 13 Abs. 2 S. 2 RÄO. darstellt, weggelassen. Nach der Apothekerordnung wird also auch bestraft, wer nach dem Tode eines pharmazeutischen Mitarbeiters des Apothekenleiters oder einer zur Vorbereitung auf den Beruf oder sonst im Betriebe der Apotheke tätigen Person ein von diesen oder aus deren Nachlaß erlangtes Geheimnis unbefugt offenbart. Auch § b Abs. 4 des Entwurfs 1936 hat diese Einschränkungen fallen lassen.

Karl Schäfer[93] wirft die Frage auf, wie es zu halten sei, wenn der Arzt, der das Geheimnis unbefugt einem Dritten weitergegeben habe, zwar nicht sterbe, aber eine Bestrafung im Inland aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauernd ausgeschlossen sei (weil der Arzt z. B. ausgewandert oder unheilbar geisteskrank sei). Nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 2 RÄO. macht sich hier der Dritte, der das Geheimnis weitererzählt, nicht strafbar. Wohl entspricht es aber, wie Schäfer zu Recht annimmt, den gesetzgeberischen Grundgedanken dieser Vorschrift, auch in diesem Falle ein Weiterverbreiten des Geheimnisses zu verhindern. § 13 RÄO. ist deshalb mit Hilfe des § 2 StrGB. anwendbar.

---

89 Wie im Text auch Karl Schäfer in Deutsche Justiz a.a.O.

90 S. Gegenentwurf von 1911 § 291 Abs. 2.

91 So Kallfelz: Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der RÄO. JW. 1936 Heft 20.

92 S. Karl Schäfer in Deutsche Justiz a.a.O. Nach Dalcke S. 1259 N. 60 b ist veröffentlichen gleich öffentlich mitteilen.

93 In Deutsche Justiz a.a.O.

§ 8. 3. Die Regelung nach dem Entwurf 1936.

Der § b des Entwurfs von 1936 hat die Beschränkung der Schweigepflicht auf einzelne wenige Personenklassen fallen gelassen[94]. Die kasuistische Aufzählung der Schweigepflicht in § 300 StrGB. hat sich als zu eng erwiesen. Nach dem Entwurfe müssen alle Geheimnisse, die bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes oder bei berufsmäßiger Ausübung der Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten oder der Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer anvertraut oder zugänglich geworden sind, geheim gehalten werden. Der Entwurf geht damit den zum ersten Mal vom Entwurf 1919 beschrittenen Weg, nicht nur zu ihrem Berufe öffentlich bestellte oder zugelassene Personen der Schweigepflicht zu unterwerfen. Von den in § 300 StrGB. genannten Personen, vor allem von den Ärzten, sind gegen diese Lösung immer wieder die stärksten Bedenken erhoben worden. Man fürchtete eine Gleichsetzung der Kurpfuscher mit den Ärzten, der Winkeladvokaten mit den Rechtsanwälten. Neukamp[95] z. B. lehnt diese Formulierung aufs schärfste ab. Den ordnungsgemäß vor- und ausgebildeten Personen nehme man ein wichtiges Vorrecht und lasse damit eine weitere Schranke zwischen Ärzten und Kurpfuschern fallen. Die Verleihung dieses Vorrechts diene in keiner Weise der schon seit Jahrzehnten geforderten Bekämpfung der Kurpfuscherei, sondern würde im Gegenteil ihre Rechtsstellung immer mehr fördern, indem sie in ihren Rechten und Pflichten immer mehr den durch Vor- und Ausbildung wirklich berufenen Personen der Heilpflege gleichgestellt würden. Damit würde eine Förderung, statt einer von allen Kennern der Verhältnisse geforderten Bekämpfung des Kurpfuschertums verbunden sein. Die überwiegende Mehrheit der Autoren forderte auf diesem Wege Bekämpfung der Kurpfuscherei, die nach Ebermayer[96] geradezu als eine Gemeingefahr anzusehen ist, „der entgegenzutreten die ernste Pflicht des Staates ist". Die Forderung der Ärzte auf diesem Gebiet ist ohne Zweifel zum großen Teil berechtigt. Eines wird dabei jedoch fast immer übersehen: auf der Ebene der Verschwiegenheitspflicht läßt sich ein wirksamer Kampf gegen die Kurpfuscher nicht führen. Denn das Heilung suchende Publikum hat meist weder von der Schweigepflicht des Arztes noch vom Mangel dieser Verpflichtung beim Kurpfuscher Kenntnis. Und selbst das Wissen um diese Dinge würde kaum einen Einfluß auf die Kunden der Kurpfuscher haben. Denn wenn jemand die Heilung seiner Krankheit einem Kurpfuscher anvertraut, dann wird er auch einigen Worten und Zusicherungen des Kurpfuschers über die Verschwiegenheit Glauben schenken. Verkannt wird bei diesem Problem auch noch, daß es nicht Aufgabe der Vorschriften über die Berufsgeheimnisse sein kann, die Ärzteschaft vor den Kurpfuschern zu schützen. Grund und Zweck der ganzen Bestimmungen ist neben der Erhaltung der Volksgesundheit der Schutz des Heilung suchenden Publikums, des einzelnen kranken Menschen. Ein solches Schutzbedürfnis ist vorhanden, gleichgültig ob der Behandelnde nun ein bestallter Arzt ist oder nicht. Im nationalsozialistischen Staate dürften die Bedenken gegen die Lösung des Entwurfs 1936

---

[94] Ähnlich schon die Entwürfe 1909, 1911, 1913, 1919, 1925, 1930.

[95] In „Deutsche medizinische Wochenschrift" 1927, Nr. 43 und in DJZ. 1927 S. 1549.

[96] In „Arzt im Recht" S. 217. Nach Ebermayer a.a.O. ist Kurpfuscher, „wer, ohne vorschriftsmäßig approbiert zu sein oder mit Überschreitung der Grenzen seiner durch die Approbation erlangten Befugnisse einen Mitmenschen ärztlich behandelt".

aus einem anderen Grunde hinfällig geworden sein. Der Kampf gegen das Kurpfuschertum, gegen die Winkeladvokaten, wird von einer ungleich wirksameren Ebene aus geführt. Durch eine berufsmäßige Zusammenfassung der Naturheilkundigen, Rechtskonsulenten usw., durch Auswahl und Schulung in diesen Personengruppen und straffe Organisation ist erreicht worden, daß unwürdige Elemente ausgeschieden sind. Strenge Ausbildungsvorschriften werden weiterhin für die notwendige Auslese sorgen. Mit der Aufhebung des Grundrechts der Kurierfreiheit ist eine endgültige Regelung dieser ganzen Probleme angebahnt worden.

Schweigepflichtig werden in Zukunft nicht nur Ärzte und Zahnärzte, sondern auch Naturheilkundige, Augendiagnostiker usw., nicht nur die staatlich approbierten Hebammen, sondern auch die Wochenbettpflegerinnen und männliche Geburtshelfer, nicht nur Rechtsanwälte und Verteidiger in Strafsachen sondern auch Patentanwälte, Rechtskonsulenten, kurz alle Personen, die sich berufsmäßig mit der Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten beschäftigen, sein.

Als wichtige Gruppe werden ferner der Schweigepflicht unterliegen die Personen der Krankenpflege und die Wirtschaftsprüfer. Zu den Personen der Krankenpflege gehören neben den Kranken- und Pflegeschwestern vor allem die Leiter und das gesamte Verwaltungs- und Büropersonal der öffentlichen und privaten Krankenanstalten. Die Wirtschaftsprüfer sind als schweigepflichtige Berufsgruppe im Entwurf 1934 zum ersten Mal genannt[97]. Der Beruf des Wirtschaftsprüfers existiert abgesehen von gewissen Anfängen und Ansätzen, erst seit der Aktienrechtsnovelle vom 19. Sept. 1931 (RGBl. 493). Wirtschaftsprüfer ist, wer gegenüber Einzelbetrieben der Wirtschaft oder der öffentlichen Hand als Rechtswahrer Aufgaben prüfenden oder beratenden Inhalts zu erfüllen hat, deren Ziel die Erhaltung einer geordneten völkischen Wirtschaft ist[98]. Aufgabenbereich des Wirtschaftsprüfers ist Bilanz- und Wirtschaftsprüfung, Geschäfts- und Steuerberatung. Der Begriff Wirtschaftsprüfer des § b dürfte nach dem Sinne des Gesetzes weit auszulegen sein: Es werden alle Angehörigen des Gesamtberufs des Wirtschaftsprüfungs- und Treuhandwesens unter die gesetzliche Bestimmung fallen (auch beeidigte Bücherrevisoren, die von den Landesfinanzämtern zugelassenen Steuerberater, die Diplom-Sachverständigen und alle sonstigen Wirtschaftstreuhänder, deren Tätigkeit vollberuflich im Prüfungswesen liegt).

Der Absatz 3 des § b legt den Beamten oder Angestellten einer Gesundheitsbehörde oder einer Beratungsstelle für Geschlechtskranke die Verpflichtung auf, über Krankheiten eines anderen oder die persönlichen Verhältnisse des Kranken, die ihnen dienstlich bekannt geworden, zu schweigen. Damit werden die Bestimmungen des geltenden Rechts im Gesetz betreffend die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Febr. 1927 (RGBl. I, 62) § 10, im Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529) mit Nov. vom 26. Juni 1935 (RGBl. I, 773) u. 4. Febr. 1936 (RGBl. I, 119) in Verbindung mit Art. 15 der 4. Verordnung zu diesem Gesetz vom 18. Juli 1935 (RGBl. I, 1035) und in der ersten Verordnung zur Durchführung des Ehegesundheitsgesetzes vom 29. November

---

97 Verschwiegenheitspflicht für Wirtschaftsprüfer schon nach § 262 g HGB. Die Verletzung dieser Pflicht hatte jedoch keine strafrechtlichen Folgen. Der Wirtschaftsprüfer hat lediglich der Gesellschaft für den Schaden zu haften, der aus der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht erwächst.

98 So Möncmeier zit. in „Deutsches Recht" 1936 S. 413.

1935 (RGBl. I, 1419) § 17 in die allgemeine Norm über die Berufsgeheimnisse aufgenommen werden. Karl Schäfer führt dazu in der Veröffentlichung der amtlichen Strafrechtskommission „Das kommende deutsche Strafrecht“[99] folgendes aus: „Die allgemeinen Vorschriften über den Bruch der Amtsverschwiegenheit genügen, soweit es sich um Amtsträger und Behördenangestellte handelt, hier nicht. Denn sie bedrohen nicht jede Verletzung des Amtsgeheimnisses. Mit Rücksicht auf die weitgehenden Befugnisse, die nach den Gesetzen zum Schutze der Rasse und der Gesundheit den Gesundheitsbehörden zustehen, und um das rückhaltlose Vertrauen der Volksgenossen zu ihnen zu erhalten, dessen sie und die Beratungsstellen für Geschlechtskrankheiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedürfen, muß aber jede unbefugte Offenbarung der Kenntnisse strafbar sein, die sie dienstlich über die Krankheit oder die sonstigen persönlichen Verhältnisse der Kranken oder anderer Personen erfahren haben, die bei ihnen untersucht worden sind oder die ihren Rat in Anspruch genommen haben. Diese Regelung entspricht dem geltenden Recht (S. die oben genannten Bestimmungen). Soweit in den genannten Vorschriften weitergehende Geheimhaltungspflichten aufgestellt sind, bleiben diese unberührt“.

Hinsichtlich der Gehilfen und der Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen und die nach dem Tode der schweigepflichtigen Personen zur Geheimnisbewahrung verpflichtet sind, hat § b des Entwurfs 1936 im großen und ganzen keine Änderung gegenüber der Regelung der Berufsgeheimnisse in der Reichsärzteordnung und Reichsapothekerordnung gebracht.

II. Das Objekt der Tat.

§ 9. Das Geheimnis.

Handlungsobjekt des Delikts ist das in Ausübung eines Berufs anvertraut oder zugänglich gewordene Geheimnis. Der Zentralbegriff der §§ 300 StrGB., 13 RÄO. und 24 Reichsapothekerordnung „Geheimnis“ ist im Gesetz nicht näher bestimmt. Im ursprünglichen Sinne des Wortes sind Geheimnisse Dinge, die unserer sinnlichen Wahrnehmung entzogen sind, die wir nicht wissen können, die die Möglichkeiten unseres Verstandes überschreiten: metaphysische, mystische, mythische Vorstellungen, Wahrheiten des Glaubens, Mysterien. Von diesem Begriff geht man aus, wenn man von Geheimnissen Gottes, von Geheimnissen der menschlichen Seele spricht[100]. Die Entwicklung des Begriffs führte im Laufe der Zeit dazu, auch die Dinge als Geheimnisse zu bezeichnen, die wohl mit unseren natürlichen Mitteln Verstand, Sinne usw. wahrgenommen werden können, von denen aber noch kein Mensch Kenntnis hat. Hierher gehören z. B. die Geheimnisse des Meeres. Die weitere Entwicklung zeigt eine immer größere Relativierung des Geheimnisbegriffs: Nicht nur, was allen Menschen gleichermaßen unbekannt ist, wird mit Geheimnis bezeichnet, sondern auch Tatsachen, die von einem oder einzelnen erkannt wurden. Schließlich wurde ein objektiver Geheimnisbegriff aufgegeben und all das unter Geheimnis verstanden, was einzelne

---

[99] BT. 2. Auflage 1936 S. 440.
[100] S. Wolff 44.

Menschen oder Menschengruppen wissen und von dem sie die anderen Menschen nichts wissen lassen wollen. Diese Entwicklung hat zu einem Ergebnis geführt, das dem ursprünglichen strengen absoluten Geheimnisbegriff widerspricht. Denn „das Geheimnis ist absolut oder es ist keines. Ein Drittes gibt es nicht"[101]. Das Leben, der Sprachgebrauch haben sich über diese logisch durchaus richtige Erkenntnis hinweggesetzt, wir sprechen in diesem subjektiven Sinne von Staats-, Privat-, Geschäfts-, Betriebs-, Berufsgeheimnissen.

Grenze und damit Inhalt des Geheimnisbegriffes ist die Nicht-Offenkundigkeit. Eine bereits offenkundige Tatsache kann nicht mehr Geheimnis sein[102]. Offenkundig ist eine Tatsache, von der die große Masse der Menschen authentische Kenntnis hat, die einem großen durch individuelle Beziehungen nicht untereinander verbundenen Kreis von Personen bekannt ist. Der Umstand allein, daß mehrere Mitwisser vorhanden sind, stört noch nicht die Geheimniseigenschaft einer Tatsache. Sind sämtliche Mitwisser zum Schweigen verpflichtet, dann liegt selbstverständlich ein Geheimnis vor. Ist bei einem größeren Kreis von nicht zum Schweigen verpflichteten Mitwissern noch ein Geheimnis möglich? Hier ist es eine meist nicht leicht zu lösende Tatfrage, wo das Geheimnis aufhört und die Offenkundigkeit beginnt. Eine gewisse Begrenzung, je nach dem Einzelfall freilich verschieden möglich, muß der Kreis der Mitwisser jedoch unbedingt haben. Sämtliche Mitwisser müssen die Tatsache als Geheimnis betrachten, es muß von ihnen Schweigen erwartet werden können[103]. Ob noch ein Geheimnis vorliegt, wenn die Zahl der Mitwisser nicht individuell bestimmt ist, ist Tatfrage. Hierbei ist natürlich darauf zu achten, ob durch die Zahl der Mitwisser eine Tatsache nicht wirklich offenkundig geworden ist. Ein besonderes Treueverhältnis unter den Mitwissern ist nicht erforderlich.

Die Kenntnis der Tatsache muß eine authentische sein, unbestimmte Kenntnis genügt nicht zur Offenkundigkeit. Unter Umständen kann trotz Vorliegens einer Zeitungsnotiz noch ein Geheimnis gegeben sein. Es kommt hier auf die Bestimmtheit der Zeitungsnotiz an. Bestätigen eines Gerüchts ist zweifellos Geheimnisbruch.

Die bloße Möglichkeit einer authentischen Kenntnis durch die Öffentlichkeit genügt noch nicht. Ein Urteil, das in öffentlicher Sitzung verkündet wird, kann vollkommen der Offenkundigkeit entbehren, wenn außer den Gerichtspersonen niemand bei der Urteilsverkündung anwesend ist und diese das Urteil nicht weiter verbreiten. Dies ist vor allem dann denkbar, wenn das Urteil nicht in die Presse kommt, wenn tatsächlich nur ein kleiner Kreis von Mitwissern vorhanden ist[104].

Die Begriffe Heimlichkeit und Offenkundigkeit sind relativ, sind zeitlich und örtlich verschieden. Was vor vielen Jahren offenkundig gewesen ist, kann wieder zum Geheimnis werden: die Mitwisser in einem bestimmten Orts- und Lebenskreis sterben, wandern aus usw., die Tatsache verliert dadurch ihre Offenkundigkeit. Oder was an einem Ort und seinem Lebens- und Personenkreis bekannt ist, kann in einem anderen weit entfernt liegenden Geheimnis sein; in einem anderen Erdteil kann eine Tatsache Geheimnis sein, die in Deutschland offenkundig ist.

---

101 S. Wolff. 44.
102 So auch Olshausen Bd. II S. 1674 § 300, 2; RGK. § 300, 3.
103 Olshausen II 1674 ff. § 300, 2.
104 S. Sauter 110, Collmann 130.

Eine Tatsache kann dann kein Geheimnis sein, sondern muß als offenkundig betrachtet werden, wenn von einer allgemein bekannten klar auf sie geschlossen werden kann. So ist z. B. der Ehebruch einer Frau, deren Mann zeugungsunfähig ist (wenn diese Zeugungsunfähigkeit des Mannes allgemein bekannt ist) und die ein Kind bekommt, kein Geheimnis[105]. Zu erwähnen ist noch, daß eine Anzeige an die Behörde noch keine Offenkundigkeit begründet[106]. Dies ist vor allem wegen der vielen Anzeigepflichten des Arztes wichtig. Sterbe- und Geburtsfälle sind vor Eintragung in das Register nicht offenkundig. Wohl aber ist Offenkundigkeit mit der Eintragung anzunehmen.

Der Geheimnisbegriff des Deutschen Strafgesetzbuches setzt neben mangelnder Offenkundigkeit den Willen des Geheimnisherrn zur Geheimhaltung begrifflich voraus. Wenn man von menschlichen Geheimnissen spricht, und um solche kann es sich hier einzig und allein handeln, dann ist der Wille als Ausfluß der durch diesen Paragraphen geschützten Persönlichkeit ein gleich entscheidender Faktor neben dem Unbekanntsein der Tatsache. Denn Geheimnis ist nicht gleich unbekannte Tatsache, sondern eine Tatsache, die wir nicht wissen lassen wollen. Nicht erst mit der Bekanntgabe einer Tatsache kann diese aufhören ein Geheimnis zu sein. Wenn es dem Träger des Geheimnisses völlig gleichgültig ist, ob eine zunächst noch unbekannte Tatsache mitgeteilt wird oder nicht, dann liegt kein Geheimnis im Sinne des Gesetzes vor. Umgekehrt kann natürlich eine offenkundige Tatsache durch den Geheimhaltungswillen allein nicht mehr zum Geheimnis werden[107]. Wenn der Geheimnisherr den Willen aufgegeben hat, der Geheimnisbewahrer davon jedoch noch nichts weiß und aussagt, dann liegt Versuch am untauglichen Objekt vor[108]. Auch ein später hinzutretender Geheimhaltungswille muß beachtet werden[109].

Die Ansicht, daß das subjektive Moment des Geheimnisbegriffs der Wille ist, ist nicht unbestritten. Eine weit verbreitete Theorie hält das Interesse an der Geheimhaltung für die Begriffsbestimmung des Geheimnisses unentbehrlich. So sagt das Reichsgericht in RGStr. 13. 16, daß sich eine Auflage zum Stillschweigen aus den Umständen ergeben könne, daß dies dann der Fall sein werde, wenn ein Interesse derjenigen Personen, mit denen der Arzt als solcher zu tun habe, an der Geheimhaltung erkennbar sei. „Erheblich in rechtlicher Beziehung ist . . . das Interesse an der Geheimhaltung für die Bestimmung des Begriffs Geheimnis“[110]. Nach unserer Ansicht kann es nicht darauf ankommen, ob derjenige, in dessen Person eine unbekannte Tatsache existiert, an deren Unbekanntsein ein Interesse hat. Meist wird ein solches Interesse ja vorhanden sein. Eine unbekannte Tatsache wird jedoch nicht erst bei Vorliegen irgend eines Nutzens, eines Interesses an der Geheimhaltung zum Geheimnis, sondern schon durch den Willen. Eine völkische Rechts- und Sittenordnung würde auch um meist wirtschaftlicher Vorteile und Nutzungen willen nicht bestimmten Gruppen von Volksgenossen so schwere Schweigepflichten auferlegen. Weil die Geheimnisbewahrung von

---

105 S. Sauter 114, Collmann 132.
106 So auch Collmann 132.
107 So auch Olshausen II 1675 § 300, 2.
108 So auch Bergfeld 25.
109 So auch Olshausen II 1676 § 300, 2.
110 Die gleiche Ansicht ist auch vertreten in RG. Str. 26, 5; bei Olshausen II 1675 § 300, 2; Frank § 300 I 4; Placzek 16, Günther 19, Serexhe 59, Wolff 48.

der gemeinschaftsgebundenen Persönlichkeit gewollt ist, wird sie solch weit gehenden Schutzes für würdig empfunden[111].

Wann ist nun dieser Wille zur Geheimhaltung im Einzelfall als vorhanden zu betrachten? Klar ist die Sachlage vor allem dann, wenn der Wille zur Geheimhaltung nach außen in Erscheinung tritt, wenn insbesondere eine Mitteilung mit der ausdrücklichen Auflage gemacht worden ist, sie geheim zu halten. Der Bruch eines Geheimnisses, dessen Bewahrung zur Auflage gemacht worden ist, zieht nicht nur strafrechtliche Folgen sondern auch vertragliche Haftung nach sich. Aber nicht nur der ausdrücklich erklärte sondern, was normaler Weise der weitaus häufigste Fall ist, auch der stillschweigend vorhandene Wille begründet ein Geheimnis. Er kann durch konkludente Handlungen für Arzt, Anwalt, Krankenschwester usw. erkennbar sein. Oft ist ein dahin gehender Wille überhaupt nicht erkennbar, nur zu vermuten. Entscheidend ist dann die wahre Willensrichtung desjenigen, in dessen Person das Geheimnis begründet ist. Konnte der Geheimnisherr keinen Willen haben, war er z. B. bewußtlos, dann ist nach dem mutmaßlichen Willen zu forschen. Es muß in diesem Fall zwar festgestellt werden, daß kein Wille vorhanden gewesen sein kann, daß der wirkliche Wille gefehlt hat. Doch jedermann wird dem hinzusetzen: Hätte der Geheimnisträger einen Willen haben können, so hätte er diesen gehabt[112]. Wenn z. B. die Mitteilung an den Arzt nicht durch den Kranken, sondern durch einen unbeteiligten Dritten erfolgt, wenn ein Angehöriger, der Arbeitsherr des Kranken Mitteilung erheischen, der Kranke hiervon nichts weiß, dann ist nach dem wahren Willensinhalt undd der wahren Willensrichtung des Geheimnisherrn zu forschen. Der Wille zur Geheimnishaltung ist dann zu mutmaßen, wenn der Geheimnisherr mit Wahrscheinlichkeit, wenn er die volle Kenntnis der Sachlage besessen hätte, von seinem persönlichen Standpunkt aus die Geheimhaltung verlangt hätte[113]. Deshalb müssen der Arzt, der Anwalt usw. selbst dann, wenn der Geheimnisherr in offenbarem Leichtsinn oder in Unkenntnis der Sachlage und der Folgen die Geheimhaltungspflicht verneint, in klarer Sicht des wahren Willens des Geheimnisherrn bei verständiger Würdigung der Sachlage ev. schweigen und die Tatsache als Geheimnis betrachten. Denn nur der wahre Wille des Geheimnisherrn, nicht dessen irrige Erklärung kann die Geheimniseigenschaft einer Tatsache begründen und aufheben.

Zivilrechtliche Vorschriften, etwa über Geschäftsfähigkeit, können auf den Willen zur Geheimhaltung keine Anwendung finden. Es handelt sich hier im Strafrecht um das rein tatsächliche Wollen. Ein solches kann auch beim unmündigen Kinde vorhanden sein. Mit Schuhmacher[114] ist in diesem Falle allerdings als Wille des unmündigen Kindes zu vermuten, daß die Eltern und Fürsorgeberechtigten am Geheimnis des Kindes teilnehmen. Bei Bewußtlosen ist zu vermuten, daß sie in ihrem natürlichen Zustand den Geheimhaltungswillen haben.

Der typische Fall für das Fehlen des Geheimhaltungswillens, ja die Bekundung dieses mangelnden Willens ist die Einwilligung des Geheimnisherrn in die Offenbarung. Die Einwilligung ist nicht ein Unrechtsausschlie-

---

111 Wie im Text vor allem Binding Lb. I 126 BT. auch Stemberg 28, RGK. § 300, 3, Liebmann 16, Sauter 30 ff., Ludwig 23, Zummel 21, 31, Rex 19, Sandheim 14, Flesch 15, Kampfhenkel 11, 23.

112 S. hierzu Mezger Lb. über die mutmaßliche Einwilligung 218 ff.

113 S. Mezger a.a.O. RGK. § 300, 4.

114 S. 40.

zungsgrund, wie die überwiegende Zahl der Schriftsteller, selbst diejenigen, die den Willen zur Geheimhaltung zur Begriffsbestimmung des Geheimnisses für unbedingt nötig erachten, annimmt, sondern sie schließt den Begriff des Geheimnisses im Sinne unseres Strafrechts aus[115]. Den Geheimnischarakter einer Tatsache kann natürlich nur die Einwilligung in eine totale Enthüllung beseitigen. Einwilligung in nur teilweise Enthüllung bringt nur soweit das Recht zur Offenbarung, als diese es eben gestattet. Auch die Einwilligung in die Offenbarung kann stillschweigend erfolgen[116]. Die Einwilligung kann widerrufen werden[117].

Es kann nicht umgangen werden, daß die Entscheidung darüber, ob ein Geheimnis vorliegt oder nicht, im Einzelfall weitgehend dem Urteil desjenigen überlassen bleiben muß, dem das Geheimnis anvertraut oder zugänglich geworden ist. Das Pflicht- und Verantwortungsbewußtsein gut geschulter, intakter Berufsstände zerstreut diesbezügliche Bedenken. Die Angehörigen der zum Schweigen verpflichteten Berufsgruppen tun am besten daran, möglichst immer den Willen zur Geheimhaltung zu vermuten.

Über die wichtige Frage, wessen Wille eine unbekannte Tatsache zum Geheimnis machen kann, wessen Einwilligung die Geheimniseigenschaft einer Tatsache wieder beseitigen kann, siehe unter § 10[118].

Zur näheren Kenntlichmachung des Begriffs Geheimnis, vor allem um diesen in Beziehung zu menschlichem Wollen und zu Tatsachen des menschlichen Lebens zu setzen, bringt § 300 StrGB. den Zusatz „Privat“-geheimnis. Das Wort privat soll die Zugehörigkeit eines Geheimnisses zur Sphäre der Persönlichkeit kennzeichnen. Zu „Privat“geheimnissen gehören nicht nur Familien-, Amts- und Geschäftsgeheimnisse, auch Staats- und Militärgeheimnisse können „Privat“geheimnisse der für den Staat handelnden Organe sein[119]. Die gleiche Tatsache kann sowohl Staats- wie Privatgeheimnis sein[120]. Diese Auslegung führt allerdings zu Ergebnissen, die mit dem ursprünglichen und eigentlichen Gedankengehalt des Wortes nichts mehr zu tun haben. In § 13 RAO., § 24 Reichsapothekerordnung und § b des Entwurfs 1936 sind deshalb „Privat“- durch „fremde“ Geheimnisse ersetzt worden. Damit tritt an die Stelle eines den Tatsachen nicht gerecht werdenden Ausdrucks ein klarer. Sachlich ändert sich damit nichts. Auch nach diesen Vorschriften sind „Staats“geheimnisse, soweit sie nicht zur Sphäre einer Person gehören, ausgeschlossen. Den strafrechtlichen Schutz können auch juristische Personen, der Staat selbst genießen[121]. Es darf hier nicht auf die Person des Geheimnisträgers abgestellt werden; entscheidend kann nur der Inhalt des Geheimnisses sein, sonst könnten ja Geheimnisse des Staates, die

---

[115] S. S. 34 der Abhandlung.

[116] So gibt z. B. der Versicherungsnehmer mit Abschluß des Versicherungsvertrages die stillschweigende Genehmigung, daß der Arzt ihm von der Versicherungsgesellschaft vorgelegte, den Versicherungsnehmer betreffende Formulare ausfüllt, daß er Zeugnisse und Atteste über die Krankheit und Todesursache des Versicherungsnehmers erstattet.

[117] S. a. RG. 57, 63; Olshausen II 1685 § 300, 9.

[118] S. S. 39 ff. der Abhandlung.

[119] So auch Olshausen II 1674 § 300, 2; Frank § 300 I 3; RGK. § 300, 3.

[120] z. B. die Krankheit eines Fürsten.

[121] Der gleichen Ansicht auch Collmann 134. S. auch die dort angeführten Beispiele. Olshausen II 1674 § 300, 2.

nicht „Staatsgeheimnisse“ sind, schutzlos preisgegeben werden. Den Gegensatz zu fremden Geheimnissen bilden selbstverständlich die „eigenen“ Geheimnisse. Ein Bedürfnis, diese zu schützen, ist nicht vorhanden. Der Begriff „fremde“ Geheimnisse darf nicht so aufgefaßt werden, als seien für den Arzt, Anwalt usw. die Geheimnisse seiner Angehörigen nicht fremd. Auch Geheimnisse, die der Arzt z. B. von seinem erwachsenen Kinde erfährt, muß er bewahren[122].

Was kann nun alles Privat- oder fremdes Geheimnis sein? Gegenstand des Geheimnisses können sowohl Tatsachen des Innenlebens wie solche des Außenlebens sein. Jede Betätigung des einzelnen ist Vorgang des Außenlebens. Alles „was gewußt werden kann, kann Inhalt eines Geheimnisses sein“[123]. Nicht nur Tatsachen und Vorgänge selbst können Geheimnisse sein, auch die Tatsache von deren Mitteilung[124]. Auch wenn die Tatsache selbst bereits offenkundig geworden, kann die Tatsache der Mitteilung noch Geheimnis sein. So bleibt z. B. das Geständnis, das der Verbrecher seinem Anwalt ablegt, Geheimnis, auch wenn das Verbrechen bekannt ist. Ebenso ist für einen Arzt, dem ein Patient gestanden hat, daß er sich bei einer Prostituierten infiziert hat, die Tatsache der Konsultation auch dann noch Geheimnis, wenn die Ansteckung und alle Einzelheiten des Falles genau bekannt sind[125]. Geheimnisverletzungen können auch Enthüllungen negativer Art sein. Nicht nur, was dem Arzt, Anwalt usw. mitgeteilt wurde, ist Geheimnis, auch Tatsachen, die der Geheimnisträger selbst nicht einmal kennt, von deren Existenz er keine Ahnung hat, Erklärungen und Kenntnisse von seelischen Verhältnissen des Klienten, Patienten, Tatsachen aus dessen Milieu. Auch scheinbar ganz harmlose Dinge müssen geheim gehalten werden: z. B. die Tatsache, daß jemand beim Tanzen sich einen Schnupfen holte, die Tatsache eines verdorbenen Magens (bei einem katholischen Geistlichen nach einem Fasttag), kosmetische Mittel. Ganz unzweifelhaft sind Geheimnisse Tatsachen aus der Sexualsphäre, z. B. Geschlechtskrankheiten[126], das Nichtvorhandensein des Hymens, Abnormitäten im Bau der Geschlechtsorgane, im geschlechtlichen Empfinden sowie in der geschlechtlichen Betätigung, Fortpflanzungsmöglichkeit, Vorgänge bei der Fortpflanzung der Frau (Menstruation, Schwangerschaft, Abortus, auch Geburt)[127]. Die ärztlichen Bulletins enthalten meist Geheimnisse. Die Einteilung der Geheimnisse nach Liebmann[128] in Berufsgeheimnisse im engeren Sinne, direkte und indirekte Medizinalgeheimnisse hat auf die Art der Behandlung des einzelnen Geheimnisses keinen Einfluß, kann daher übergangen werden[129].

§ 10. Die Art der Kenntniserlangung durch den Schweigepflichtigen.

Die Berufsgeheimnisse müssen, soll die unbefugte Offenbarung strafbar sein, der schweigepflichtigen Person nach § 300 StrGB. anvertraut, nach § 13 RÄO., § 24 Reichsapothekerordnung anvertraut oder zugänglich geworden sein. Unter „anvertrauen“ versteht man normaler Weise die Mitteilung irgend einer Tatsache mit der Hoffnung oder Auflage, daß derjenige, dem das

122 Anders Mittermaier in Mon. Krim. Psych. 1936 Heft 3.
123 So Finger 296.
124 So auch Olshausen II 1674 § 300, 2.
125 Die Beispiele nach Weizmann 16.
126 S. RG. 53, 315.
127 So auch Schuhmacher 38, 39.
128 S. S. 19 ff.
129 So auch Olshausen II 1677 § 300, 3; Wolff 54.

Vertrauen geschenkt wurde, sich dieses Vertrauens würdig zeigen und schweigen werde. Mit diesem Begriff „anvertrauen“ steht der des Geheimnisses in engstem Zusammenhang. Eine Reihe von Schriftstellern legt „anvertrauen“ in § 300 StrGB. nach diesem Wortsinn aus. So ist z. B. im Reichsgerichtsrätekommentar[130] zu lesen, daß unter anvertrauen jede Mitteilung zu verstehen sei, bei welcher die Geheimhaltung ausdrücklich oder stillschweigend erwartet werde. Nach Frank[131] heißt anvertrauen unter der ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Auflage der Verschwiegenheit dem Wissenskreis einer Person zugänglich machen. Nach Sandheim[132] deutet der Begriff auf ein Treueverhältnis zwischen Anvertrauendem und Schweigepflichtigem. Ähnlicher Ansicht ist auch Zschock[133]: Zum Willensakt des Anvertrauenden müsse, um ein Mitteilen zu einem Anvertrauen im Sinne des Gesetzes zu machen, hinzukommen, daß es im Rahmen eines Treueverhältnisses geschehe. Diese Auslegung des Begriffs ist viel zu eng, sie kann dem Zwecke des Paragraphen nicht gerecht werden. Denn in den meisten Fällen, selbst bei Vorliegen eines Willensaktes, würde eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Auflage zum Schweigen fehlen, weil viele der Anvertrauenden von der gesetzlichen Schweigepflicht keine Ahnung haben. Man denke vor allem an die Schweigepflicht der Gehilfen. Zu diesen besteht meist gar keine Beziehung, kein irgendwie geartetes Treueverhältnis. Deshalb erkannte man schon frühzeitig die Notwendigkeit, den Vertrauensbegriff auszudehnen. Man setzte anvertrauen gleich den Sinnen einer Person zugänglich machen[134]. Damit waren z. B. auch geheime Krankheiten, von denen der Patient nichts wußte und die der Arzt bei der Konsultation entdeckte, diesem anvertraut. Diese Ansicht vertrat auch das Reichsgericht[135]: Ein Geheimnis ist dem Arzt anvertraut, wenn ihm bei Ausübung seines Berufs Tatsachen bekannt werden, deren Geheimhaltung, wie er sich sagen muß, im Interesse der ihn konsultierenden Person liegt. Nach dieser Theorie kann aber von einem Anvertrauen keine Rede sein, wenn das Geheimnis zwangsweise preisgegeben werden muß[136]. Die Praxis, das Leben also, machte eine weiter gehende Ausdehnung des Vertrauensbegriffes notwendig. Alles, was den zum Schweigen verpflichteten Personen zugänglich geworden ist, ist ihnen anvertraut. Irgend eine Willensbetätigung ist zum Akt des Anvertrauens nicht nötig. „Was der Arzt, der Verteidiger, die Hebamme in dieser ihrer Berufstätigkeit wahrnehmen, ist ihnen anvertraut, braucht ihnen nicht anvertraut werden“[137]. Auch nach Olshausen[138] ist ein Geheimnis nicht nur dann anvertraut, wenn es der Vertrauensperson mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Auflage der Geheimhaltung mitgeteilt oder durch anderweitigen Willensakt zugänglich gemacht wird und wenn es der Vertrauensperson erkennbar ist, daß die Geheimhaltung im Interesse der anvertrauenden Person liegt, sondern auch dann, wenn die Vertrauensperson ohne Mitteilung oder sonstigen Willensakt des Anvertrauenden die Kenntnis durch Autopsie in oder durch Ausübung ihres Berufs erlangt hat. Dieser Begriff hat mit dem normalen Sinn des im täglichen Leben gebrauchten Wortes „anvertrauen“

---

130 § 300, 4.
131 § 300, 2.
132 S. 19.
133 S. 28, S. auch Olshausen II 1673.
134 z. B. Hartmann S. 19.
135 RG. 26, 6.
136 S. Friedersdorff 27.
137 So v. Liszt a.a.O. S. 410.
138 Bd. II 1676 § 300, 3a. Siehe das dort zit. Schrifttum.

nichts mehr zu tun. Deshalb hat § 13 RAO. neben „anvertraut" „zugänglich geworden" gesetzt. Diese Klarstellung haben § 24 Reichsapothekerordnung und § b des Entwurfs 1936 übernommen. Bei der weiten Auslegung des Begriffs „anvertrauen" in § 300 StrGB. hat sich damit jedoch sachlich nichts geändert.

Auf welche Weise der Schweigepflichtige von dem Geheimnis Kenntnis erlangt, ist demnach ganz gleichgültig. Jede Form der Mitteilung ist möglich, z. B. schreiben, reden, darbieten der Gelegenheit zur Wahrnehmung und Kenntnisnahme, Einsicht nehmen lassen in Schriftstücke, jede Wahrnehmung auch bei Personen, die ohnmächtig, im Fieberdelirium sind, unter Hypnose stehen, aktives wie passives Verhalten. Auch das zwangsweise preisgegebene Geheimnis ist geheim zu halten (z. B. bei einer zwangsweisen Untersuchung von Dirnen durch die Polizei, von Verbrechern und Geisteskranken durch den Amtsarzt)[139]. Der Wille spielt hierbei keine Rolle. Daher ist z. B. auch die Ausscheidung eines Kranken, die von einem Dritten ohne Wissen des Kranken dem Arzt übersandt wird, hinsichtlich des Befundes ein dem Arzt anvertraut und zugänglich gewordenes Geheimnis des Patienten. Anvertraut und zugänglich geworden ist dem Arzt nicht nur die Mitteilung des Patienten, sondern auch der objektive Tatbestand (Befund) und die Schlußfolgerung (Diagnose)[140]. Anvertraut und Zugänglich geworden sind und bleiben Geheimnisse auch dann, wenn die Person, in der das Geheimnis begründet ist, nicht mehr am Leben ist oder die zum Schweigen verpflichtete Person ihren Beruf nicht mehr ausübt[141].

Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, wer das Geheimnis anvertraut hat, in wessen Person es zugänglich geworden ist, die Frage nach der Geheimnisherrschaft. Mit Beantwortung dieses Problems sind auch die oben offen gelassenen Fragen entschieden, wessen Wille eine unbekannte Tatsache zum Geheimnis machen kann und wessen Einwilligung den Geheimnischarakter einer Tatsache beseitigt. Der Geheimnisherr ist auch der Verletzte, der zur Stellung des Strafantrags berechtigt ist.

Die Geheimnisherrschaft übt in jedem Falle der Geheimnisträger aus, diejenige Person, in der das Geheimnis besteht. Klar ist die Sachlage dann, wenn der Kranke z. B.[142] seine Krankheit selbst dem Arzt mitteilt, wenn der Klient dem Anwalt sein Geheimnis anvertraut. Dann ist Geheimnisherr, Geheimnisträger, Anvertrauender, in dem die Tatsache zugänglich geworden, ein und dieselbe Person. Wie ist der Fall aber nun, wenn nicht der Kranke selbst sondern eine andere Person den Arzt zuzieht? Der Kranke ist bewußtlos, die Angehörigen holen den Arzt! Oder ein zufällig Anwesender bringt einem verunglückten Bewußtlosen ärztliche Hilfe! Geheimnisherr ist hier in jedem Falle der Kranke. In seiner Person ist das Geheimnis dem Arzt zugänglich geworden, er hat das Geheimnis anvertraut, er ist Geheimnisträger. Wie steht es aber nun mit der anderen Person? Haben die Angehörigen im vorigen Fall, hat der zufällig anwesende Dritte ebenfalls Geheimnisherrschaft? Dies ist zu verneinen. Beim Boten kann man wohl kaum von anvertrauen oder zugänglich machen sprechen. Er vermittelt nur die Mög-

---

139 So auch Olshausen II 1678 § 300, 3.

140 S. auch Mittermaier 28, Olshausen II 1677 § 300, 3 und das dort zit. Schrifttum.

141 S. Weizmann 18.

142 Die Beispiele müssen vornehmlich aus dem Gebiete des ärztlichen Berufsgeheimnisses gewählt werden, weil die hier behandelten Probleme bei diesem von besonderer Bedeutung sind.

lichkeit eines Anvertrauens oder Zugänglich-werdens. Bei ihm fehlt ja auch meist der Wille zur Geheimhaltung. Wenn nicht ein desinteressierter Dritter, sondern die Angehörigen des Kranken den Arzt herbeiholen, ist folgendes zu erwägen: Endzweck der Konsultation ist nicht die Mitteilung an den Arzt, sondern die Heilung des Patienten. Geschützt werden sollen die in der Person des Kranken liegenden Geheimnisse. Nicht Geheimnis ist die Tatsache, daß die Angehörigen den Arzt zum Kranken gerufen haben. Herr über die im Kranken zugänglich werdenden Geheimnisse kann daher einzig und allein nur dieser selbst sein. Häufig ist allerdings anzunehmen, daß der Kranke in die Offenbarung der geheim zu haltenden Tatsachen an seine Angehörigen einwilligt. Anders als in den oben geschilderten Fällen wird die Entscheidung dann sein, wenn die ärztliche Hilfe von einem Dritten nicht im Interesse des Kranken, sondern im Interesse einer anderen Person in Anspruch genommen wird. Der Dienstherr läßt z. B. Auswurf oder Sputum des Dienstboten auf Tuberkulose untersuchen, die Ehefrau dasselbe beim Ehemann. Hier ist Endzweck der ärztlichen Inanspruchnahme nicht die Heilung des Kranken, sondern das Wissen um die Krankheit des anderen, der Schutz der eigenen Person oder Familie vor dieser Krankheit. Daher haben in diesen Fällen auch der Dienstherr und die Ehefrau neben dem Dienstboten und Ehemann Geheimnisherrschaft. Eine Mehrheit von Geheimnisherrn ist hier unumgänglich. Ähnlich liegt der Fall, wenn der Arzt bei der Untersuchung der Ehefrau eine ansteckende Krankheit des Ehemannes feststellt. Auch hier haben Ehefrau wie Ehemann Geheimnisherrschaft. Wenn der Arzt also z. B. im Ehescheidungsprozeß von der Ehefrau über Krankheiten des Mannes, die er bei Untersuchung der Frau festgestellt hat, von der Schweigepflicht entbunden wird, darf er trotzdem nicht aussagen. Denn bei Vorliegen mehrerer Geheimnisherrn ist für die Offenbarungsberechtigung die Einwilligung eines jeden nötig.

Im Schrifttum kann man im wesentlichen 3 Theorien über die Geheimnisherrschaft unterscheiden: Geheimnisherr soll sein der Geheimnisträger (also der Patient, Klient)[143], nach der herrschenden Theorie der Anvertrauende[144] oder überhaupt jeder Interessent[145]. Die letzte Ansicht, die die Geheimnisherrschaft jedem Interessenten zubilligen will, dehnt den Kreis der Geheimnisherrn in ungerechtfertigter Weise aus. Sie ist als zu weitgehend abzulehnen. Denn vor allem beim Berufsgeheimnis des Anwalts ergäben sich mit dieser Theorie nicht zu lösende Verwicklungen. Die Tätigkeit des Anwalts ist weitgehend Interessenschutz und -ausgleich. Die Zahl der Interessenten ist hier ungeheuer groß. Auch der Gegner des das Geheimnis anvertrauenden Klienten wäre Interessent und damit Geheimnisherr. Auf seinen Wunsch hätte die Offenbarung von Geheimnissen des Klienten, die der Anwalt mit dessen Erlaubnis und zu dessen Wohle aussagen will, zu unterbleiben. Der Gegner hätte also eine glänzende Möglichkeit, ihm ungünstige Tatsachen nicht vorbringen zu lassen. Wegen dieser Schwierigkeiten der Interessentheorie stehen sich hauptsächlich die beiden anderen Theorien gegenüber. Ein stärkerer Gegensatz zwischen diesen beiden wurde erst dadurch möglich, daß die sog. „Vertrauenstheorie" in den Fehler verfiel, den Begriff anvertrauen hier anders auszulegen wie bei „anvertrauten Geheimnissen". Man will den Begriff dem eigentlichen Wortsinn entsprechend eng auslegen: Nicht alles was

---

[143] So Olshausen II 1690 § 300, 11, Günther 29, Placzek 46, Stemberg 37, Gransee 66.

[144] So RG. 13, 60; 38, 62; 56, 147; Finger 370, Merkel 350, Hälschner II 219.

[145] So v. Liszt 403, Mittermaier 205, Liebmann 49, Wolff 69, Meyer-Allfeld 521.

zugänglich geworden ist, soll hier anvertraut sein, sondern nur, was unter der Auflage oder mit der Hoffnung des Stillschweigens mitgeteilt wurde; nur wer auf diese Weise Geheimnisse anvertraut hat, soll Geheimnisherr sein. Mit dieser Theorie ist der Geheimnisträger unter Umständen schutzlos und völlig dem Zufall oder dem Gutdünken eines mehr oder minder desinteressierten Dritten ausgeliefert. Das Reichsgericht, das auf dem Boden der Vertrauenstheorie steht, erkannte diese Schwächen und schränkte deshalb diese Theorie in RGStr. 13, 60 ein: Derjenige, der den Arzt zugezogen, soll nur als Anvertrauender gelten, wenn er „das Recht und die Pflicht hat, für die Heilung der Krankheit und für die Einholung ärztlichen Rates auch in anderen Fällen als bei Vorliegen eines Krankheitszustands zu sorgen". Mit der Gleichsetzung von „anvertrauen" und „zugänglich geworden" und mit Einführung des letzten Begriffs in den Tatbestand der Berufsgeheimnisverletzung ist der Vertrauenstheorie der Boden entzogen. Nach der 3. Ansicht soll nur der wirkliche Träger des Geheimnisses auch dessen Herr sein. Damit, daß man dem Patienten und Klienten selbst den Schutz seines Geheimnisses überträgt, kommt man zu einem praktischen, dem Zwecke des Gesetzes entsprechenden Ergebnis.

Nach Zschock[146] kommt dem Hausarzt eine besondere Stellung zu: Für alle Geheimnisse, die er im Hause sowohl bei Familienmitgliedern wie bei Bediensteten erfahre, sei das Familienhaupt Anvertrauender und damit Geheimnisherr. Diese Ansicht ist abzulehnen. Anvertrauender und Geheimnisherr ist hier jedes einzelne Familienmitglied allein. Zschock kommt nur deshalb auf diesen Gedanken, weil er ein besonderes Treueverhältnis konstruiert, das zwischen dem Hausarzt und Familienhaupt bestehen soll.

Auch Geschäftsunfähige, in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte, Entmündigte und Geisteskranke können Geheimnisherrschaft haben. Collmann[147] unterscheidet zwischen Geheimnisherrschaft und ihrer Ausübung und kommt zum Ergebnis, daß diese Personen wohl Geheimnisherrschaft haben, diese aber wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit nicht ausüben können. Solcher Bedeutung kommt m. E. obiger Unterscheidung nicht zu. Die Geschäftsfähigkeit des BGB. kann hier im Strafrecht nicht verwertet werden. Es kommt lediglich auf die natürliche Handlungsfähigkeit an, die auch bei diesen Personen gegeben sein kann.

Die Verschwiegenheitspflicht überdauert den Tod des Geheimnisherrn. Anwalt, Arzt, Hebamme sind auch nach dem Tode des Patienten, Klienten zum Schweigen verpflichtet. Die praktischen Folgen eines Schweigebruchs sind hier allerdings gering. Da das Antragsrecht als höchstpersönliches Recht nicht vererblich ist, ist niemand vorhanden, der Strafantrag stellen könnte. Anders ist die Sachlage nur dann, wenn die Erben selbständig ein Antragsrecht haben. Wegen des höchstpersönlichen Charakters des Geheimnisherrschaftsrechtes ist eine Übertragung der Geheimnisherrschaft auf die Hinterbliebenen aus dem Grunde der „Solidarität der Familieninteressen" nicht möglich[148]. Eine solche Übertragung der Geheimnisherrschaft ist auch gar nicht nötig, denn bei überwiegendem Interesse der Erben an der Offenbarung ist es dem Arzt, Anwalt erlaubt, auszusagen. Den Notaren hat in diesen Fällen § 19 Reichsnotarordnung die Möglichkeit gegeben, die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht von der Aufsichtsbehörde einzuholen.

---

146 S. 32.

147 S. Collmann 142.

148 So auch RG. Str. 71, 21, „Deutsches Strafrecht" 1937 S. 55, JW. 1937 S. 629. Hierzu Karl Schäfer in „Deutsches Strafrecht" 1937 S. 197. A. A. Sauter 144 ff. Collmann 144, Fromme 16.

§ 11. Das Geheimnis als Geheimnis des Berufs.

Nicht alle unbekannten Tatsachen, die dem Schweigepflichtigen anvertraut oder zugänglich geworden sind, werden vor Offenbarung geschützt. Dazu wäre kein zwingender Grund vorhanden. Ein Schutz vor Offenbarung wird erst dann nötig, wenn die Offenbarung selbst für den einzelnen notwendig geworden. In Rechtsangelegenheiten und zur Heilung muß der Klient, der Patient in seinem und des Volkes Interesse Tatsachen anvertrauen und zugänglich machen, die er ohne diesen Zwang nie preisgeben würde. Ein Schutzinteresse ist nur dann vorhanden, wenn Geheimnisse unter diesem Zwang zugänglich geworden sind. Daher werden nur solche Geheimnisse geschützt, die der Schweigepflichtige „kraft seines Amtes, Standes oder Gewerbes" (§ 300 StrGB.), „in Ausübung seines Berufs" (§ 13 RAO., § 24 Reichsapothekerordnung) erfahren hat. Der gemeinsame Oberbegriff von Amt, Stand und Gewerbe ist der Beruf[149]. In der Neuregelung des Berufsgeheimnisses für Ärzte und Apotheker ist deshalb mit Recht an Stelle des umständlichen Ausdrucks „Amt, Stand und Gewerbe" kurz Beruf gesetzt worden. Auch der § b des Entwurfs 1936 spricht von berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde usw.

Was ist nun unter Beruf zu verstehen: die selbstgewählte, dauernde, mit einer gewissen Sachkenntnis verbundene Tätigkeit, die der Mensch zu seinem Lebenszweck erkoren[150] oder die tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit[151]? Ohne Zweifel das erstere. Es kann nicht darauf ankommen, ob jemand den Beruf eines anderen z. B. tatsächlich ausübt. Eine Tätigkeit muß infolge ihrer Wahl und der für sie bestehenden Fähigkeiten eine ständige Lebensaufgabe sein, um zur berufsmäßigen zu werden. Wenn ein Hochschullehrer als Verteidiger in Strafsachen auftritt, so geschieht dies bei Ausübung seines Berufs. Denn es besteht für einen Hochschullehrer der Rechtswissenschaft innerhalb seines Tätigkeitsbereichs kraft Gesetzes die Möglichkeit, in Strafsachen zu verteidigen. Zur Bestimmung des Begriffs „Beruf" ist nicht unbedingt Ausübung der Tätigkeit gegen Entgelt nötig[152].

Nicht jedes Geheimnis, das dem Arzt oder Anwalt, der Hebamme oder dem Apotheker während der Berufstätigkeit zugänglich geworden ist, muß von diesen geheim gehalten werden. Eine solche Pflicht entsteht erst dann, wenn das Geheimnis „kraft" (§ 300 StrGB.), „bei Ausübung" (§ 13 RAO., § 24 Reichsapothekerordnung) des Berufs anvertraut oder zugänglich geworden. Die Ausdrücke „kraft" und „bei Ausübung" haben m. E. den gleichen Sinn. Sie deuten auf einen notwendigen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Kenntniserlangung und der Berufsausübung hin[153]. Die Begriffe „kraft", „bei Ausübung" können eine mehrfache Sinndeutung erfahren. Einmal kann man sie dahin auffassen, daß nur solche Tatsachen, die dem Arzt, Anwalt usw. unmittelbar bei der Untersuchung, Behandlung oder Beratung infolge ihrer besonderen Sachkenntnis zugänglich geworden, als „kraft" oder „bei Ausübung" des Berufs anvertraut zu gelten haben. Diese Auslegung des Begriffs wäre m. E. schon wegen der eingangs beschriebenen Zwangslage, in der sich die Geheimnisherrn befinden, zu eng. Der

---

149 S. auch Olshausen II 1678 § 300, 3b, Wolff 51.
150 So RG. Str. 30, 224; Collmann 127.
151 So Wolff 40.
152 So übte der Augenarzt Herzog Karl Theodor von Bayern seinen Beruf unentgeltlich zum Wohle der Kranken aus.
153 S. auch Olshausen II 1678 § 300, 3b.

Umstand, daß den Vertrauenspersonen Dinge anvertraut werden müssen, die zwar nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Untersuchung, Behandlung oder Beratung durch den Fachmann stehen, deren Offenbarung aber für den Anvertrauenden sehr schmerzlich wäre, zwingt zu einer weiteren Auslegung. Alle Tatsachen, die dem Arzt, Anwalt usw. in Kausalzusammenhang mit seiner Berufsausübung, seiner berufsmäßigen Tätigkeit bekannt werden, auch solche, die allgemein, ohne Berufsfachkenntnis wahrgenommen werden können, sind „kraft", „bei Ausübung" des Berufs anvertraut. Die notwendige Abgrenzung gegen eine zu weite Aushöhlung des Begriffs, gegen alles, was nur „gelegentlich" der Berufsausübung wahrgenommen wurde, liegt darin, daß die Vertrauensperson nur über das zu schweigen hat, was ihr in ihrer Eigenschaft als Arzt, Anwalt usw. nicht als Privatmann, als Mensch, als Freund mitgeteilt wurde. Wenn der Patient, Klient des Glaubens ist, daß die von ihm vorgebrachten, vielleicht ganz nebensächlichen Dinge für die Beurteilung des Krankheitsfalles durch den Arzt, des Rechtsfalles durch den Anwalt wichtig sind, dann sind sie dem Arzt und Anwalt bei Ausübung, kraft des Berufs anvertraut oder zugänglich geworden. Alle Geheimnisse, die dem Schweigepflichtigen außerhalb dieser Grenze mitgeteilt werden, kann dieser offenbaren, ohne sich strafbar zu machen, selbst wenn der Patient oder Klient sich ausdrücklich Schweigen ausbedungen hat. Der Wille des einzelnen kann nur etwas zum Geheimnis, nicht aber zum Berufsgeheimnis machen[154]. Der einzelne kann den Schutz der Strafbestimmungen nur dann erreichen, wenn das zu schützende Geheimnis im Bereich der Berufstätigkeit des Vertrauten liegt. Freilich kann der Schweigepflichtige vertraglich über diese Grenze hinaus zum Schweigen verpflichtet werden. Auch die Sitte kann diesen Personen eine Schweigepflicht auferlegen. Nicht aber das Recht.

Das oben Gesagte soll nun nach einzelnen Beispielen erläutert werden. Was alles ist den zum Schweigen verpflichteten Personen, was hier besonders wichtig ist, den Medizinalpersonen, dem Arzt, der Krankenschwester usw. „kraft", „bei Ausübung" des Berufs anvertraut oder zugänglich geworden? Beim ärztlichen Berufsgeheimnis kommt es natürlich sehr auf die Art der Krankheit des Patienten an. Bei Neurosen, Psychopathien z. B. ist der Kreis der bei Berufsausübung anvertrauten Tatsachen sehr weit zu ziehen. Denn scheinbar noch so entfernt liegende Tatsachen können für die Beurteilung von Seelen- und Nervenleiden von Bedeutung sein. Ein bei Ausübung des Berufs erlangtes Geheimnis liegt z. B. dann schon vor, wenn der Arzt auf dem Wege zum Patienten etwas über dessen Krankheit erfährt, etwa vom Dienstmädchen oder Diener, die ihn holen oder ihm die Türe öffnen. Gleichgültig ob der Arzt dann auch letzten Endes benötigt wird[155]. Der Arzt, der in höchster Not und Eile in die intimsten Gemächer einer Person gerufen wird, dort z. B. obszöne Bücher liegen sieht, der aus den dort sich befindlichen Zeitungen auf die politische Richtung, der aus Bildern auf den Charakter schließen kann, hat über all dies zu schweigen. Ebenso wenn er im Boudoir einer Dame deren Toilettengeheimnisse (Schminke, falsche Zöpfe usw.) erfährt. Auch das bei Collmann[156] angeführte Beispiel ist hier zu erwähnen: Der Arzt wird zu einem Sonderling gerufen, der nach außen den armen Mann spielt, um sich vor Dieben zu sichern oder aus

---

[154] So Finger 293 ff. Olshausen II 1676 § 300, 3a.

[155] So hat der zu einem Duell herbeigerufene Arzt auch dann, wenn das Duell in letzter Minute unterbleibt, über die Vorgänge zu schweigen.

[156] S. 129.

sonstigen Gründen, der aber Kostbarkeiten und wertvolle Sammlungen in seinen innersten Gemächern angesammelt hat. Der Einwand gegen diese Auslegung, daß der Patient solche Wahrnehmung vermeiden kann, wenn er sie nicht wünscht, geht fehl. Denn in vielen Fällen ist der Patient wegen seines Krankheitszustandes gar nicht mehr in der Lage, diese Gegenstände wegzuräumen. Von Mitteilungen ist z. B. bei Berufsausübung zugängig geworden, was ein im Fieberdelirium liegender Kranker ausplaudert, Geheimnisse seiner Person oder seiner Familie. Auch Erinnerungen, Episoden aus dem Leben können hierher gehören, wenn die Mitteilung auch im weitesten Sinne eine Orientierung des Arztes, des Anwalts bezweckt, gleichgültig ob sie sich zu einer solchen eignet oder nicht. Kraft, bei Ausübung des Berufs anvertraut sind auch Schlüsse, die die zum Schweigen verpflichtete Person aus dem Mitgeteilten ziehen kann. Ein Rechtsanwalt erkennt z. B. aus den ihm mitgeteilten Tatsachen, daß A den B bewuchert hat[157].

Nicht bei Ausübung des Berufs zugänglich geworden sind Tatsachen, die nicht dem Arzt oder Anwalt, sondern dem Privatmann, Freund anvertraut sind. Wenn jemand dem Anwalt, Arzt oder Apotheker politische Tagesneuigkeiten, Episoden und Erinnerungen (soweit nicht zur Behandlung oder Beratung nötig) oder Witze erzählt, wenn er mit diesen wissenschaftliche Erörterungen pflegt, dann besteht keine Geheimnispflicht. Nach Liebmann[158] und Friedersdorff[159] ist eine Aufforderung zu einer strafbaren Handlung niemals ein innerhalb des Berufs anvertrautes Geheimnis. Dies wäre m. E. z. B. bei einer Aufforderung zur Abtreibung sehr zu bezweifeln. Wenn jemand am Biertisch seine Leiden erzählt, der zufällig anwesende Arzt dies hört und seine Schlüsse daraus ziehen kann, so sind diese Geheimnisse nicht bei Ausübung des Berufs anvertraut. Auch dann kann man nicht von Geheimnissen, die bei Ausübung des Berufs zugänglich geworden sind, sprechen, wenn ein Arzt auf der Straßenbahn bei einem Fahrgast kraft seiner besonderen Sachkenntnis eine ansteckende Krankheit beobachtet. Anders ist die Sachlage aber dann, wenn jemand einem Arzt z. B. während einer politischen Versammlung ein seiner Ansicht nach ungefährliches Leiden offenbart, um Heilmittel zu erfahren, der Arzt aber hierin Symptome einer schweren Krankheit feststellen kann, denn hier wird dem Arzt in seiner Eigenschaft als Arzt Vertrauen geschenkt. Nicht bei Ausübung des Berufs anvertraut und zugänglich geworden sind Mitteilungen an den Arzt oder Anwalt in Vorträgen oder Schulungen rein zu deren wissenschaftlicher Weiterbildung und Belehrung[160].

III. Die strafbare Handlung.

§ 12. Das Offenbaren.

Die mit Strafe bedrohte Handlung des Delikts liegt im Offenbaren des Geheimnisses. Offenbaren ist das Gegenteil von Geheimhalten. Es ist das Entdecken, Enthüllen eines Geheimnisses vor einem Dritten. Nach Frank[161] ist darunter zu verstehen ein „dem Wissenskreis irgendeiner bis jetzt nicht wis-

[157] S. Rauno 41.
[158] S. 47.
[159] S. 21.
[160] So auch Bergfeld 30, Olshausen II 1678 § 300, 3b.
[161] § 300, 3.

senden Person zuführen". Im Grimm'schen Wörterbuch[162] ist Offenbaren wie folgt definiert: „Zur Kenntnis bringen in Bezug auf Person und Dinge, wovon man nicht weiß, die man nicht kennt, die geheim, verborgen, dunkel oder schwer zu erkennen und zu begreifen sind".

Ein Offenbaren ist vor allem jede Form der Mitteilung[163], schriftliche, mündliche Mitteilung, telephonische und briefliche Auskunftserteilung, Ausstellung von Zeugnissen und Gutachten, Mitteilung durch Verbreitung von Druckschriften (z. B. ärztliche Veröffentlichungen), durch Abbildung (hier evtl. auch Verletzung des Rechtes am eigenen Bilde). Der Begriff Offenbaren ist aber viel weiter als mitteilen. Ein Offenbaren kann auch in einem rein negativen Verhalten liegen, z. B. im Schweigen (wenn dadurch eine negative Beweisführung ermöglicht wird), kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Duldung der Einsichtnahme in die ärztlichen Aufzeichnungen, in die Handakten des Anwalts, Liegenlassen von Schriftstücken und Geheimakten am Schreibtisch, sodaß ein Dritter Einsicht nehmen kann, ist Offenbaren. Hier auch der in RGStr. 13, 64 geschilderte Fall: Ein Arzt legt die Rechnung, aus der die Behandlung eines Geschlechtskranken ersichtlich ist, auf den Tisch eines Wirtshauses und gibt so den Gästen die Möglichkeit, sie zu lesen. Ein Offenbaren liegt auch in der besonderen Kennzeichnung der Kranken beim Krankenhausaufenthalt (Tafeln mit Krankheitsangabe am Krankenbett, Unterbringung in besonderen Sälen) beim klinischen Unterricht im Vorführen, bei der Demonstration, in der Anzeige der an und durch Patienten geschehenen strafbaren Handlungen durch den Arzt. Offenbaren ist auch die Mitteilung des Arztes seinen Gehilfen gegenüber. Eine andere Frage ist hier natürlich, ob die Offenbarung unbefugt ist.

Eine besondere Form des Offenbarens ist das Veröffentlichen. Veröffentlichen ist nach Karl Schäfer[164] ein Verbreiten oder Öffentlichmachen d. h. eine Preisgabe des Geheimnisses an einen unbestimmten größeren Personenkreis. Eine Veröffentlichung kann nach Schäfer auch dann vorliegen, wenn die Mitteilung an eine einzelne Person erfolgt, wenn nur der Empfänger sie einem größeren Personenkreis zugänglich machen will oder wenn der Weitergebende damit rechnet, daß der Empfänger sie weitergeben wird. Der Unterschied der Begriffe „Offenbaren" und „Veröffentlichen" ist am besten aus ihrer Wirkung auf das Geheimnis ersichtlich. Ein Offenbaren verletzt das Geheimnis nur, ein Veröffentlichen zerstört es. Die Veröffentlichung kann nur einmal geschehen, das Offenbaren dagegen öfters. Wollte man annehmen, daß auch das Offenbaren nur einmal geschehen könne, so würde jeder Anwalt oder Arzt bei Geheimnispreisgabe straflos ausgehen, wenn er nur seine frühere, Jahre zurückliegende Offenbarung nachweisen könnte. Zur Strafbarkeit des Delikts genügt ein Offenbaren. Nur Abs. 2 Satz 2 des § 13 RAO. verlangt für die Personen, die nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses Verpflichteten das von dem Verstorbenen zu dessen Lebzeiten oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis zu wahren haben, ein Veröffentlichen als Strafvoraussetzung. Ein einleuchtender Grund ist hierfür nicht vorhanden. § 24 Reichsapothekerordnung und § b des Entwurfs 1936 haben deshalb auch in diesem Falle anstelle von „Veröffentlichen" „Offenbaren" gesetzt[165].

---

162 Bd. XII S. 1274.

163 Die Mitteilung muß wahr sein. Die Mitteilung falscher Tatsachen ist kein offenbaren. S. a. Olshausen II 1682 § 300, 8.

164 In „Deutsche Justiz" 1936 S. 373 ff.

165 Die meisten Staaten haben einen dem deutschen „Offenbaren" ähnlichen Ausdruck. So z. B. das französische und belgische Recht

§ 13. Die Befugnis zum Offenbaren.

Die Offenbarung eines Geheimnisses ist nur strafbar, wenn sie unbefugt erfolgt. Der Begriff „unbefugt" ist im Gesetz nicht definiert. Er gehört zu den umstrittensten des ganzen Strafgesetzbuchs. Nach der herrschenden Meinung[166] bedeutet unbefugt dasselbe wie rechtswidrig. Mit dieser Gleichsetzung ist aber nicht viel gewonnen, weil auch der Begriff „rechtswidrig" mehrfacher Auslegung fähig ist. Enger als „rechtswidrig" hat den Begriff „unbefugt" nur Jellinek[167] ausgelegt, der ihn mit „ohne besonders gegebene Erlaubnis" deuten will. Diese ungerechtfertigt enge Auslegung führt im Zusammenhang mit Jellineks Theorie vom unsittlichen Vertrag jedoch praktisch zu denselben Ergebnissen wie die übrigen Lehrmeinungen.

Der Begriff „rechtswidrig" kann formell und materiell aufgefaßt werden. Formelle Rechtswidrigkeit ist Widerspruch mit den Normen des Gesetzes, materielle Rechtswidrigkeit Widerspruch mit der Rechtsordnung, die über dem Gesetze steht. Diejenigen Schriftsteller, die unbefugt und rechtswidrig gleichsetzten, dachten ursprünglich nur an formelle Rechtswidrigkeit. Geheimnisse sollten nur dann geoffenbart werden dürfen, wenn diese Offenbarung durch ein Gesetz erlaubt war. Viele Fälle, in denen ein gerechtes Empfinden ein Offenbarungsrecht verlangte, konnte man jedoch mit dieser Theorie nicht einer befriedigenden Lösung zuführen. Die Vorschriften über Notwehr und Notstand wurden als Rechtfertigungsgründe zu Hilfe genommen. Die Notwehrbestimmung konnte aber in vielen Fällen schon wegen des in § 53 StrGB. geforderten „gegenwärtigen" rechtswidrigen Angriffs keine Anwendung finden. Eine Auslegung des Begriffs „gegenwärtig", die mit dem eigentlichen Wortsinn nichts mehr zu tun hat, sollte hier helfen. Wegen dieser Schwierigkeiten glaubten manche Schriftsteller mit der zivilrechtlichen Figur der Geschäftsführung ohne Auftrag besser zu einem gerechten Ergebnis kommen zu können[168]. Da die Lösung strafrechtlicher Probleme mit Hilfe bürgerlichrechtlicher Rechtsfiguren aber nicht befriedigen konnte, lehnte eine andere Theorie[169] die Gleichsetzung von unbefugt und rechtswidrig (formell rechtswidrig) ab. Eine höhere Rechts- oder Kulturordnung sollte die Richtschnur für diesen Begriff „unbefugt" sein. Alles, was die materielle Rechtswidrigkeit umfaßt, wurde hier als vermeintlich außerhalb des Rechtswidrigkeitsbegriffs stehend für den Begriff des Unbefugten herangezogen. Im Ergebnis kommt diese Theorie zu einer gerechten, den Forderungen der Praxis entsprechenden Lösung. Im nationalsozialistischen Strafrecht hat sich der Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit endgültig durchgesetzt. Unbefugt ist eine Offenbarung, wenn sie der völkischen Rechts- und Sittenordnung widerspricht. Unbefugt ist gleich materiell rechtswidrig. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat schon früh anerkannt, daß die Schweigepflicht keine absolute sein kann[170]. Der Gedanke der Interessen- und Güter-

---

„reveler", das italienische Recht „rivelare", „preisgeben" in Österreich, in verschiedenen anderen Ländern Begriffe wie „entdecken", „mitteilen".

166 S. z. B. v. Liszt 590, Frank § 300, RGZ. 53, 316, Binding Lb. I, 126.

167 S. 671.

168 So Zitelmann in seinem Werk über den Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 102—120; auch Olshausen II 1686 § 300, 9 sieht in der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Befugnis zur Offenbarung.

169 So z. B. Mittermaier Z. XXI 221. Dohna 114.

170 RG. 38, 64.

abwägung, der Pflichtenkollision wird zur Lösung der Probleme herangezogen. In verschiedenen Entwürfen ist eine gesetzliche Verankerung dieses Gedankens verlangt worden[171]. In § 13 RAO. ist zum ersten Mal durch Gesetz ein Offenbarungsrecht aus ethischen Gründen anerkannt. § 24 Reichsapothekerordnung und § b des Entwurfs 1936 folgen diesem Beispiel.

Die Offenbarung muß sein unbefugt also materiell rechtswidrig, um die Sanktionen der Strafbestimmungen auszulösen. „Nicht unbefugt" ist gleich „befugt" und „nicht rechtswidrig" gleich „rechtmäßig". Diese so selbstverständlich und logisch klingende Wahrheit wird nicht von allen Schriftstellern anerkannt. Zwischen befugt und unbefugt soll ein wertfreier Raum, ein Raum rechtlich indifferenten Handelns sein, Recht und Unrecht seien keine kontradiktorischen sondern konträre Gegensätze. So sagt Dohna[172] z. B.: „Wir sind gewöhnt, nicht alles, was der Idee des Rechts nicht entsprechend ist, als Unrecht zu bezeichnen, sondern den Umfang des Unrechts als durch das technisch geformte Recht abgegrenzt zu erachten. Nur was die Rechtsordnung selber als Angriff auf ihre Interessensphäre ansieht und kennzeichnet, erklären auch wir als dem Rechte zuwider, als Unrecht, als rechtswidrig". Mag vielleicht philosophisch die Denkmöglichkeit eines wertfreien Raums zwischen Recht und Unrecht vorhanden sein, juristisch gibt es ein Zwischengebiet rechtlich gleichgültigen Handelns nicht[173].

Schon bei Vorliegen eines Unrechtsausschließungsgrundes, einer Erlaubnis, ist die Offenbarung nicht mehr unbefugt. Nach Bendix[174] kann von den Folgen des Gesetzes nicht der Nachweis einer Befugnis, sondern erst der aller Befugnisse befreien. Logisch sei das Verhältnis zwischen „unbefugt" und „befugt" nicht so, daß man von „unbefugt" nicht sprechen könne, wenn eine Befugnis vorliege, sondern der Art, daß „unbefugt" nur dann nicht gegeben sei, wenn die Negation aller in Frage kommenden Nichtbefugnisse bewiesen sei. Bei den Begriffen „unbefugt" und „befugt" handle es sich um einen konträren Gegensatz. Die Negation der Negation (nicht unbefugt ist gleich befugt) werde nur dann bewiesen, wenn alle die Negation negierenden Faktoren festgestellt werden. Mit der Feststellung, daß „befugt" und „unbefugt", Recht und Unrecht kontradiktorische Gegensätze sind, hat Bendix recht. Dies ist auch die hier vertretene Ansicht. Bendix hat aber übersehen, daß er das Vorliegen eines konträren Gegensatzes beweisen wollte, er hat die beiden Begriffe verwechselt[175]. Wegen des Fehlens einer rechtlich irrelevanten Sphäre ist Bendix' Ansicht abzulehnen, ganz abgesehen davon, daß sie zu praktisch unmöglichen Ergebnissen führt.

Fast überall im Schrifttum ist als Hauptbeispiel einer Befugnis die Einwilligung des Geheimnisherrn in die Offenbarung angeführt. Wie wir schon oben[176] gesehen haben, schließt jedoch die Einwilligung nicht nur die Rechtswidrigkeit der Handlung aus, sondern beseitigt den Geheimnischarakter einer unbekannten Tatsache.

1. Befugnis kraft einer Rechtspflicht.

Der Hauptgrund, der eine Geheimnisoffenbarung zur Befugten macht, ist der ausdrückliche Befehl einer gesetzlichen Norm. Damit wird der

---

171 z. B. der Entwurf 1927.
172 S. 54.
173 S. Mezger Lb. S. 163, Heiner 4.
174 In Goltd. Arch. 52, 1 ff.
175 Über die Bedeutung der Begriffe kontradiktorisch und konträr s. Hartmann 29, Heiner 3.
176 S. S. 35, 36 der Abhandlung.

Paragraph nicht zur Blankettnorm herabgewürdigt, wie Dohna[177] annimmt. Die eigentlichen Verbotsnormen sind nicht in anderen Bestimmungen zu suchen. Nur ausnahmsweise wird sie gestattet oder zur Pflicht gemacht, wenn eine gesetzliche Vorschrift sie gebietet oder ein anderer Grund sie erlaubt. In § 13 Abs. 3 RAO. und § 24 Abs. 3 Reichsapothekerordnung ist jetzt ausdrücklich bestimmt, daß die Offenbarung zur Erfüllung einer Rechtspflicht den Täter straffrei macht. Die in § 13 Abs. 3 RAO. und § 24 Abs. 3 Reichsapothekerordnung vorgeschriebene Güterabwägung kann nur bei Preisgabe zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck eine Rolle spielen, nicht natürlich bei Erfüllung einer Rechtspflicht[178].

Das Hauptbeispiel für einen gesetzlichen Befehl zur Offenbarung ist der § 139 StrGB., der es jedem, der von dem Vorhaben eines Hochverrats, Landesverrats, einer Wehrmittelbeschädigung, eines Verbrechens wider das Leben, eines Münzverbrechens, eines Raubes, Menschenraubes oder gemeingefährlichen Verbrechens glaubhafte Kenntnis erhält, zur Pflicht macht, hiervon der Behörde oder dem Bedrohten zur rechten Zeit Anzeige zu machen. Ähnliche Anzeigepflichten befinden sich im Mil.StrGB. i. d. Fassung vom 16. Mai 1926 (RGBl. I. 275) §§ 60, 77, 104, im Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 (RGBl. 61) § 13, Spionagegesetz vom 3. Juni 1914 (RGBl. 195) § 9. Anzeigepflichten sind weiter in folgenden Bestimmungen festgelegt: Im Reichsimpfgesetz vom 8. April 1874 (RGBl. 31); im Reichsgesetz betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. Juni 1900 (RGBl. 306) §§ 1, 2, 45; im preuß. Gesetz zur Bekämpfung der Tuberkulose vom 4. August 1923 (PrGS. 374); im preuß. Gesetz betreffend die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 28. August 1905 i. d. Fassung vom 25. Februar 1927 (PrGS. 41); im Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893 (RGBl. 205); im Erbschaftssteuergesetz i. d. Fassung vom 22. August 1925 (RGBl. I. 320) §§ 27, 28 (wo Notare verpflichtet werden, Schenkungen und andere steuerpflichtige Akte dem Finanzamt zu melden); im Reichsstempelgesetz vom 15. Juli 1909 (RGBl. 833) § 82; im Wechselsteuergesetz jetzt i. d. Fassung vom 2. September 1935 (RGBl. I. 1127 ff.) § 12; im Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 (RGBl. 23) §§ 17 bis 20, 56, 57, 58, 68. Wichtige Verpflichtungen brachte das Reichsgesetz betreffend die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Febr. 1927 (RGBl. I. 62). Durch die Bestimmungen in §§ 9, 10 des Gesetzes sind viele früher höchst umstrittene Fragen gelöst worden. So ist z. B. Warnung der Braut vor dem geschlechtskranken Verlobten durch dieses Gesetz ausdrücklich erlaubt. Durch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I. 529) i. d. Fassung vom 4. Febr. 1936 (RGBl. I. 119) und seine Ausführungsverordnungen und durch das Ehegesundheitsgesetz vom 18. Okt. 1935 (RGBl. I. 1246) sind die Anzeigepflichten der Ärzte beträchtlich erweitert worden. Anzeigepflichten an die Amtsärzte, Antragspflichten an die Erbgesundheitsgerichte, Berichte und Gutachten machen den Geheimnisschutz auf diesem Gebiete weitgehend illusorisch. Ein übergeordnetes Interesse an der Gesunderhaltung des deutschen Volkes rechtfertigt diese Unterbrechungen. Weil wichtigste völkische und rassische Belange auf dem Spiele stehen, hat der Schutz der Persönlichkeit zurückzustehen. Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses hat selbst in § 15 dafür Sorge getragen, daß die in Frage stehenden Geheimnisse nur den am Verfahren

---

[177] S. 110.
[178] So auch Karl Schäfer in „Deutsche Justiz" a.a.O.

beteiligten Personen zugänglich werden[179]. Die weitgehenste Anzeigepflicht ist in Art. 3 Abs. 4 der 1. Durchführungsverordnung zum Gesetz vom 5. Dez. 1933 (RGBl. I. 1021) enthalten: „Wird einem approbierten Arzt in seiner Berufstätigkeit eine Person bekannt, die an einer Erbkrankheit oder an schwerem Alkoholismus leidet, so hat er dem zuständigen Amtsarzt hierüber . . . unverzüglich Anzeige zu erstatten. Die gleiche Verpflichtung haben sonstige Personen, die sich mit der Heilbehandlung, Untersuchung oder Beratung von Kranken[180] befassen. Bei Insassen von Anstalten trifft den Anstaltsleiter die Anzeigepflicht". Eine solche Erbkrankheit ist anzeigepflichtig, gleichgültig, in welchem Alter die zu sterelisierende Person steht[181], ob natürliche Unfruchtbarkeit gegeben ist, ob der Anzeigepflichtige das Vorliegen einer Erbkrankheit in Zweifel setzt. Durch diese Anmeldung wird ja der Amtsarzt nicht zur Antragstellung verpflichtet, der Entscheidung des Gerichts in keiner Weise vorgegriffen[182]. Auch mit Bezeichnungen wie Motilitätspsychosen, Degenerationspsychosen, Eknoia, Melancholie, Depression, Paranoia, Verfolgungswahn, Religionswahn, Delirium, Paraphrenie usw.[183] diagnostizierte Krankheiten sind meldepflichtig. Gem. § 11 des Gesetzes hat der die Unfruchtbarmachung ausführende Arzt einen schriftlichen Bericht über die Ausführung der Sterelisation unter Angabe des angewandten Verfahrens dem beamteten Arzte einzureichen. Ein Anstaltsleiter hat sowohl die Aufnahme einer zu sterelisierenden Person in die Anstalt wie auch deren ev. Entweichen aus der Anstalt dem zuständigen Amtsarzt mitzuteilen (Art. 6 Abs. 6 der 1. DVO.). Ist eine Unfruchtbarmachung oder Entfernung der Keimdrüsen zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit erfolgt, so besteht ebenfalls Anzeigepflicht (Art. 7 der 1. DVO.). Wer diesen Anzeigepflichten vorsätzlich oder fahrlässig zuwider handelt, wird gem. Art. 9 der 1. DVO. mit einer Geldstrafe bis zu 150 Reichsmark bestraft. Weitere Bestimmungen über die Anzeigepflicht in diesem Verfahren finden sich in Art. 8. der 3. DVO. vom 25. Febr. 1935 (RGBl. I. 289), in Art. 12, 13, 14 Abs. 2 der 4. DVO. vom 18. Juli 1935 (RGBl. I. 1035). Nach Art. 12 ist jede Unterbrechung der Schwangerschaft sowie jede vor Vollendung der 32. Schwangerschaftswoche eintretende Fehlgeburt (Fruchtabgang) oder Frühgeburt binnen 3 Tagen dem zuständigen Amtsarzt meldepflichtig. Diese Pflicht trifft den hinzugezogenen Arzt, die hinzugezogene Hebamme, jede sonst zur Hilfeleistung hinzugezogene Person mit Ausnahme der Verwandten, Verschwägerten oder der zum Hausstand der Schwangeren gehörenden Personen. Auch die Tätigkeit der Gutachterstellen hat eine Durchbrechung der Schweigepflicht zur notwendigen Folge. Z. B. setzt ein Eingriff gem. § 14 Abs. 1 des Gesetzes (Unfruchtbarmachung oder Schwangerschaftsunterbrechung, die nicht nach den Vorschriften des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses erfolgt) die Genehmigung der Gutachterstelle voraus, die vom Arzt gem. Art. 5 der 4. DVO. bei Vermeidung einer nach Art. 14 Abs. 1 angedrohten Strafe einzuholen ist. Eine ähnliche Genehmigungspflicht ist auch für die freiwillige Entmannung gem. § 14 Abs. 2 des Gesetzes erforderlich. Auch das Ehegesundheitsgesetz, vor allem das dort vorgeschriebene Ehetauglichkeitszeugnis (§ 2 des Gesetzes) und seine Ausstellung (§§ 1, 2

---

179 Über die Verschwiegenheitspflicht nach diesem Gesetz s. § 17 der Abhandlung.

180 z. B. Zähnärzte, Dentisten, Schwestern, Masseure, Heilpraktiker.

181 Ausgenommen gem. Erl. des RMdI. II 1079/25. 6. vom 15. August 1934 Frauen, die unfruchtbar, also über 45 Jahre alt sind.

182 So Gütt-Rüdin-Ruttke 211.

183 S. Gütt-Rüdin-Ruttke a.a.O.

Abs. 2, 3 der 1. DVO. v. 29. Nov. 1935, RGBl. I, 1419), bringt eine Auflockerung der ärztlichen Schweigepflicht mit sich.

2. Befugnis kraft Rechtsgestattung.

In diesem Zusammenhang taucht die sehr umstrittene Frage nach der Bedeutung der Zeugnisverweigerungsrechte der Prozeßordnungen auf. Eine früher herrschende Meinung sah in den Bestimmungen der § 53 StPO., § 383 ZPO. eine Gestattung der Aussage vor Gericht. Nach § 53 StPO. sind zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt Ziff. 2 „Verteidiger des Beschuldigten über das, was ihnen in dieser ihrer Eigenschaft anvertraut ist" und Ziff 3 „Rechtsanwälte und Ärzte, über das, was ihnen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut ist". Gem. Abs. 2 der Bestimmung dürfen diese Personen das Zeugnis jedoch nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind. In der Zivilprozeßordnung § 383 ist das Zeugnisverweigerungsrecht anders formuliert: Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt Ziff. 5 „Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. „Die Vernehmung dieser Personen ist, auch wenn das Zeugnis nicht verweigert wird, auf Tatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugnis nicht abgelegt werden kann (Abs. 3 des § 383 ZPO.). Ähnliche Bestimmungen sind enthalten in § 109 Mil.StrGO. i. d. Fassung v. 4. Nov. 1933 (RGBl. I. 924), in der Reichsversicherungsordnung § 1574 und in der Reichsabgabenordnung § 177. Man war der Ansicht, daß deshalb, weil der Staat den zur Verschwiegenheit Verpflichteten ein Recht zur Zeugnisverweigerung gegeben und keine Pflicht auferlegt hat, derjenige, der von diesem Rechte keinen Gebrauch macht und offenbart, nicht widerrechtlich handelt. Für den Schweigepflichtigen bestehe ein gesetzliches Wahlrecht, eine Wahl, die lediglich abhänge vom Pflicht- und Taktgefühl[184]. Ob er nun aussage oder schweige, strafbar sei er nie, denn er mache nur von der Rechtsgestattung eines gesetzlichen Wahlrechts Gebrauch. Diese Aussage dürfe schon deshalb kein Delikt sein, weil sie ja doch stets „der Rechtspflege des Staates zuliebe"[185] geschehe. Diese Theorie hat der jetzt herrschenden Erkenntnis Platz gemacht, daß durch die Bestimmungen der Prozeßordnungen die Schweigepflicht gem. § 300 StrGB., § 13 RAO. und § 24 Reichsapothekerordnung unberührt bleibt. Diese Ansicht dürfte die richtige sein. Die vorher genannten Bestimmungen dürfen nicht mit denen der Prozeßordnungen auf eine Stufe gestellt werden. Die Pflicht der Vertrauenspersonen zur Verschwiegenheit kann durch Vorschriften, wie die Schweigepflichtigen im Prozeß zu behandeln sind, nicht außer Kraft gesetzt werden. Der den §§ 53 StPO., 383 ZPO. zugrunde liegende Gedanke ist kurz folgender: Grundsätzlich ist jeder Mensch zur Zeugnisaussage verpflichtet. Angehörige verschiedener Berufe haben jedoch über das, was ihnen bei ihrer Berufstätigkeit anvertraut ist, zu schweigen. Bei diesen Personengruppen muß also, damit sie ihrer gesetzlich gebotenen Schweigepflicht nachkommen können, diesbezüglich eine Sonderregelung getroffen sein. Eine mögliche Lösung des Problems wäre die, eine Einvernehmung dieser Personen durch das Gericht für unstatthaft zu erklären[186].

---

[184] So Rauno 55.

[185] Binding Grundriß II § 130.

[186] So z. B. in der württ. ZPO. v. 1868 Art. 467, in der bayer. ZPO. v. 1869 Art. 400.

Reichsstrafprozeß- und Reichszivilprozeßordnung sind diesen Weg nicht gegangen. Sie wollten die zum Schweigen Verpflichteten lediglich in die Lage versetzen, vor Gericht ihrer Schweigepflicht zu genügen. Ein Wahlrecht zwischen Schweigen und Aussage wäre unverständlich. Denn wenn der Schweigepflichtige in jedem Falle straflos ausgeht, dann ist nicht einzusehen, warum er nicht der Wahrheitsforschung dienen und aussagen soll. Die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung ist nicht gleich Berechtigung zur Aussage. Ein Zeichen für die Richtigkeit dieser Meinung ist auch in Abs. 3 des § 383 ZPO. zu sehen, der dem Richter aufträgt, für den Fall, daß von dem Zeugnisverweigerungsrecht nicht Gebrauch gemacht wird, die Vernehmung nicht auf Tatsachen zu richten, hinsichtlich deren Schweigepflicht besteht. Die Bestimmung der StPO., daß das Zeugnisverweigerungsrecht entfällt, wenn der Arzt, Anwalt oder Verteidiger von der Verschwiegenheitspflicht entbunden ist, deutet ebenfalls darauf hin. Und in den Motiven zur ZPO. heißt es, daß eine allgemeine Unzulässigerklärung von Zeugenaussagen entbehrlich erscheine, weil das Strafgesetz gegen Indiskretionen der zum Zeugnis vorgeschlagenen Personen genügend sichere. Auch das Reichsgericht ist dieser Auffassung. In RG.Str. 19.365 hat es zu diesem Problem in folgender Weise Stellung genommen: „Das Gesetz erklärt die Ärzte nur für berechtigt, nicht aber für verpflichtet, das Zeugnis zu verweigern, und es muß daher ihrem pflichtmäßigen Ermessen und ihrer Diskretion im Einzelfall überlassen bleiben, ob sie dem Richter die gewünschte Auskunft geben zu dürfen glauben oder nicht. Von einer Verletzung dieser Gesetzesstelle kann daher da, wo sich der Arzt veranlaßt sieht, auf das Recht der Zeugnisverweigerung zu verzichten und sich mündlich oder schriftlich vernehmen zu lassen, keine Rede sein". Diese Entscheidung wurde von den meisten Schriftstellern für die Ansicht verwertet, daß in einer gerichtlichen Aussage niemals eine „unbefugte" Offenbarung eines anvertrauten Geheimnisses im Sinne des § 300 StrGB. liegen könne. Demgegenüber ist aber in der Entscheidung RGZ. 53. 316, Anm. 1, S. 317, die sich selbst ausdrücklich auf den hier vertretenen Standpunkt stellt, ausgeführt, daß jene Schriftsteller mit Unrecht auf die Entscheidung des Rgs. in Str. 19, 365 ff. Bezug genommen haben. ERGStr. 48, 270, die zu dieser Streitfrage selbst nicht Stellung nimmt, verweist auf RGZ. 53.315, insbesondere Anm. 1, S. 317. Das Reichsgericht steht also auf dem Standpunkt, daß jede Aussage des Schweigepflichtigen ohne Erlaubnis unbefugt ist. Da der Arzt nicht aussagen muß, „entfällt jeder Entschuldigungsgrund für ihn, falls er gegen seine Berufspflicht freiwillig aussagt"[187]. Mit diesen Bestimmungen der Prozeßordnungen regelt der Staat die Pflichtenkollision zwischen Schweigepflicht und Zeugnispflicht zu Ungunsten der letzteren. Er verzichtet freiwillig auf ein wichtiges Mittel zur Wahrheitserforschung. Daß hier zwei entgegenstehende Pflichten ausgeglichen werden sollen, erklärt auch die Verschiedenheit der Regelung in der ZPO. und StPO. Im Strafprozeß ist natürlich ein viel größeres Interesse an der Wahrheitserforschung vorhanden als im Zivilprozeß. Die Verfolgung eines schweren Verbrechens ist ungleich wichtiger als die Entscheidung eines finanziellen Streits. Deshalb ist § 383 Abs. 3 ZPO. eingefügt. Im Strafprozeß sind nur Anwälte, Ärzte und Verteidiger zur Zeugnisverweigerung berechtigt, während im Zivilprozeß dieses Recht noch über die Personengruppen des § 300 StrGB. hinaus ausgedehnt ist. Apotheker, Hebammen z. B. müssen im Strafprozeß aussagen. Insoweit sind ihre Offenbarungen natürlich straflos. Wolff[188] ist der Ansicht, daß für diese Beschränkung des Zeugnisverweigerungsrechtes im Straf-

---

187 So Liebmann 7.
188 S. 79.

prozeß kein innerlich rechtfertigender Grund bestehe, da die Berufsgeheimnisse, die Verteidigern, Ärzten und Anwälten anvertraut zu werden pflegen, doch im allgemeinen von größerer Wichtigkeit seien als die der anderen in § 300 StrGB. Genannten, der Staat also an deren Offenbarung ein größeres Interesse habe. Dieser Ansicht ist m. E. nicht beizustimmen. Das Zeugnisverweigerungsrecht bezweckt in erster Linie, dem Schweigepflichtigen die Erfüllung seiner Pflicht zu ermöglichen. Der Staat legt eben der gewissenhaften Pflichterfüllung der Ärzte, Anwälte und Verteidiger, der wichtigsten schweigepflichtigen Berufsstände, erhöhte Bedeutung bei.

Das bisher über die Zeugentätigkeit des Arztes, Anwalts usw. Gesagte gilt in gleichem Maße auch für ihre Tätigkeit als Sachverständige §§ 76 Abs. 1, 85 StPO.; § 408 Abs. 1, 413 ZPO.; §§ 212 Abs. 1, 221 Mil.StGO. Allerdings ist bei der ärztlichen Gutachtertätigkeit zu beachten, daß das, was der Arzt auf Grund dieser Tätigkeit erfährt, nicht in Ausübung des Berufs anvertraut worden sondern ihm als amtlich bestellter Gerichtsperson bekannt geworden ist. Insoweit finden die Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht keine Anwendung[189].

Durch die Bestimmungen der Prozeßordnungen wird die Offenbarung eines Geheimnisses keine befugte. § 53 StPO., § 383 ZPO. stellen keine Redepflicht dar, geben kein Rederecht[190]. Möglich ist natürlich trotzdem, daß der zum Schweigen Verpflichtete aus einer sittlichen Pflicht oder sonst einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck zur Aussage befugt ist. Der Gedanke der Pflichten- und Güterabwägung, für Ärzte in § 13 Abs. 3 RÄO. und für Apotheker in § 24 Abs. 3 Reichsapothekerordnung niedergelegt, stellt die Norm dar, „nach der alle Fälle zu entscheiden sind, in denen ein Widerspruch zwischen der Pflicht zum Schweigen und der Pflicht zum Reden besteht"[191]. Nach diesen Grundsätzen bemißt sich die Frage, ob der Schweigepflicht eine höhere Pflicht, im Strafverfahren oder bürgerlichen Rechtsstreit zu offenbaren, vorgeht. Verneint der Schweigepflichtige eine solche höhere Pflicht, „so geben ihm die Verfahrensvorschriften die Möglichkeit, seine Geheimhaltungspflicht im Verfahren zur Geltung zu bringen"[192]. Auch die diesbezügliche Vorschrift des § b des Entwurfs 1936 muß so ausgelegt werden.

In neuester Zeit hat der Staat in einem Falle ausdrücklich bestimmt, daß er auf die Aussage des Arztes als wichtigstes Mittel zur Erforschung der Wahrheit nicht verzichten kann. § 7 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses bestimmt: Ärzte, die als Zeugen oder Sachverständige vernommen werden, sind ohne Rücksicht auf das Berufsgeheimnis zur Aussage verpflichtet. Nach der 1. DVO. zum Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes vom 18. Okt. 1935 § 17

---

189 So auch Löhr 43; s. RG. 60, 384. Olshausen Ergänzungsband III S. 286.

190 Der gleichen Ansicht sind u. a. RGK. § 300, 7; Bendix Goltd. A. 52, 12; Günther 27; Flesch 31; Friedersdorff 38; Liebmann 7, 49; Ludwig 40; Kampfhenkel 46, Sandheim 27; Exner 45; Weizmann 33 ff.; Rauno 55, Hinterthuer a.a.O. Karl Schäfer in „Das kommende deutsche Strafrecht" a.a.O. Anderer Ansicht: Olshausen II 1687 § 300, 9; Binding Lb. 1, 127; Frank § 300 III 2c; v. Liszt 421 N. 6; Meyer-Allfeld 521; Finger 366; Serexhe 83; Sauter 247; Fromme 20, Gans 27, Wolff 77; Zummel 43; Böhme 747, Placzek 9; Zschock 41, Hartmann 36.

191 So Karl Schäfer in „Das kommende deutsche Strafrecht" S. 444.

findet diese Vorschrift auch Anwendung auf das Verfahren nach dem Ehegesundheitsgesetz. Vor den Erbgesundheitsgerichten haben Ärzte also kein Zeugnisverweigerungsrecht.

Kurz soll noch die Frage behandelt werden, ob die rechtliche Regelung dieser Probleme in der jetzigen Form befriedigend ist. Soll die Gemeinschaft zu Gunsten der Schweigepflicht auf das wichtigste Mittel zur Wahrheitserforschung verzichten, soll die Entscheidung darüber, ob der zum Schweigen Verpflichtete zur Aussage berechtigt ist oder nicht, in dessen Ermessen gestellt werden oder soll diese Entscheidung nicht vielmehr der autoritativen Stelle des Richters übertragen werden? Beling[193] macht den Vorschlag, anstatt die Zeugnispflicht zu durchbrechen, die mit der Wahrung des Berufsgeheimnisses kollidierenden Zeugenaussagen unter Ausschluß der Öffentlichkeit erfolgen zu lassen. Dieser Vorschlag hatte vielleicht seine Berechtigung in einer Zeit, in der die Schweigepflicht sehr streng ausgelegt wurde. Heute, wo jede höhere sittliche Pflicht und jeder nach gesundem Volksempfinden berechtigte Zweck eine Offenbarung rechtfertigen, ist eine Ablehnung des Zeugnisverweigerungsrechtes nicht nötig. Der in der Volksgemeinschaft stehende Arzt, Anwalt usw. wird nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden können, ob er schweigen oder aussagen soll. Dem Notar ist zu seiner Entlastung die Möglichkeit gegeben, die Entscheidung der Aufsichtsbehörde hierüber einzuholen.

Nicht verständlich und einer Änderung bedürftig ist in einigen Punkten die prozessuale Behandlung des Arztes, Anwalts usw., die Art und Weise, in der der Prozeß über die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht vor sich geht. Der vorher erwähnte Vorschlag Belings ist nicht bedeutungslos. In der Praxis sind Prozesse wegen eines Vergehens gegen § 300 StrGB. usw. deshalb so selten, weil das einmal ausgesagte Geheimnis durch die Öffentlichkeit des Prozesses allgemeiner Kenntnis zugänglich wird. In einem Prozeß über die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht soll unbedingt die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden. Eine klare Regelung wäre auch über das Beschlagnahmerecht an Stelle der §§ 94, 95, 97 StPO. nötig. Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein könnten, unterliegen der Beschlagnahme. Jeder, der einen solchen Gegenstand in seinem Gewahrsam hat, ist zu dessen Herausgabe verpflichtet und kann durch Zwangsmittel dazu angehalten werden. Gegen Personen jedoch, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, finden diese Zwangsmittel keine Anwendung. Zu einer positiven Handlung kann also z. B. der Arzt nicht gezwungen werden. Dagegen muß er die Beschlagnahme gewisser Schriftstücke dulden. Denn nach § 97 StPO. unterliegen der Beschlagnahme nur nicht schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die wegen ihres Verhältnisses zu ihm nach §§ 52, 53 StPO. zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, falls sie sich in den Händen der letzteren Personen befinden. Bücher können also z. B. beschlagnahmt werden; auch die Krankenjournale[194] (das sind Aufzeichnungen des Arztes darüber, welche Krankheitszeichen er gefunden, welche Krankheit er angenommen, die Vorgeschichte des

---

[192] S. Karl Schäfer a.a.O.

[193] S. 39.

[194] Derselben Ansicht (zit. nach Löwe § 97, 9 S. 295) Thiersch DJZ. 1904, 356; Ebermayer DJZ. 1910, 1220 und „Arzt und Patient in der Rechtsprechung“ 1924, 72; Hellwig „Deutsche medizinische Wochenschrift“ 1910, 2152; Lehmann in „Der Krankenhausarzt“ 1930 Nr. 8. Anderer Ansicht (zit. nach Löwe a.a.O.): Beling „Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafpro-

Kranken, die verordneten Mittel, die Ursache der Krankheit usw.). Durch eine derartige Beschlagnahme wird natürlich das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes bedeutungslos. Hier ist eine klare Regelung nötig: entweder legt man der Erforschung der Wahrheit entscheidende Bedeutung bei und dann ist Zeugnispflicht und Beschlagnahmerecht am Platze oder man legt Wert auf die Schweigepflicht. Dann darf aber das Zeugnisverweigerungsrecht nicht durch die Möglichkeit einer nachfolgenden Beschlagnahme wichtigster Dokumente illusorisch gemacht werden.

Der Briefwechsel zwischen Arzt, Anwalt usw. und Patienten und Klienten ist gemäß § 97 StPO. nur solange geschützt, als der Schweigepflichtige nicht an der strafbaren Handlung des Anvertrauenden beteiligt ist. Ein kommunistischer Arzt z. B., der seine Gesinnungsgenossen zu Unruhen aufhetzt und die Verletzten nachher pflegt, genießt das Recht des § 97 StPO. nicht[195].

Eine Möglichkeit für den zum Schweigen verpflichteten, die ihm anvertrauten Geheimnisse zu wahren, fehlt auch bei seiner Inanspruchnahme durch die Steuerbehörden gemäß §§ 162 Abs. 9, 198, 207 RAO.[196]. Auch beim Offenbarungseid dürfte eine Preisgabe der Geheimnisse oft unumgänglich sein.

Wenn durch rechtskräftiges, wenn auch unrichtiges Urteil eines Gerichts dem Schweigepflichtigen das Recht auf Zeugnisverweigerung versagt ist, so ist die Geheimnisoffenbarung nicht unbefugt[197].

3. Befugnis kraft höherer sittlicher Pflicht.

Das Recht ist die Lebensordnung des Volkes, nicht die Summe der geltenden Gesetze. Pflicht und Recht zur Aussage begründet nicht nur das Gesetz, sondern auch jede höhere sittliche Pflicht, die einer schweigepflichtigen Person von der Gemeinschaftsordnung übertragen ist. Die Frage, ob eine sittliche Pflicht die Geheimnisoffenbarung rechtfertigen könne, war die umstrittenste des ganzen Geheimnisschutzes. Eine absolute Gestaltung der Geheimnispflicht wurde vor allem von medizinischen Kreisen angegriffen. Die Ärzte erkannten zuerst, daß gerade höhere Interessen des Volksganzen höhere Pflichten der Offenbarung bedingen. Das Reichsgericht hat ihnen schon frühzeitig Recht gegeben und ein Offenbarungsrecht aus „berechtigtem Interesse" anerkannt[198]. Auch in der Literatur fand diese Erkenntnis bald Eingang. Mit Hilfe von materieller Rechtswidrigkeit, übergesetzlichem Notstand, Pflichtenkollision wurde das Offenbarungsrecht über die gesetzlichen Redepflichten und -rechte hinaus erweitert[199]. Einige Entwürfe schlugen vor, diesen Ge-

---

zeß" (1903) 21, ZStrW. 31, 743 Roth JW. 1911, 132; Dohna 113; Placzek in Mon. Krim. Psych. 17, 41, 47. Zu erwähnen sind hier die Vorschläge der Kommissionen und Entwürfe zur Ausdehnung des Verbots der Beschlagnahme auch auf solche Aufzeichnungen. S. Prot. der Reform-Komm. 2, 175, 431 (1905), § 88 Abs. 2 des Entwurfs 1908, § 109 Abs. 2 des Entwurfs 1919.

195 S. Collmann 153.

196 § 175 RAO. legt eine Auskunftspflicht für nicht als steuerpflichtig Beteiligte fest. Hier dann das Auskunftsverweigerungsrecht des § 177 RAO.

197 S. RGZ. 13, 317. Flesch 31.

198 Entscheidung v. 16. 5. 1905. In ständiger Rechtsprechung RG. 53, 315; 61, 242 ff.; 62, 138; 63, 215; 64, 101; RGStr. 38, 62.

199 So auch Olshausen II 1688 § 300, 9g, Binding 762, Frank § 300 III, v. Liszt 421, Dohna 115, Wolff 66, 91 ff., Flesch 39, Ebermayer in „Arzt im Recht" 54, 58.

danken in der gesetzlichen Norm zu verankern[200]. Die Erfüllung der Forderungen und Wünsche des täglichen Lebens brachte erst die Reichsärzteordnung in § 13 Abs. 3: „Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Erfüllung . . . einer sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt". Auch Abs. 3 des § 24 Reichsapothekerordnung folgte diesem Beispiel. § b Abs. 5 des Entwurfs 1936 schlägt hier insofern eine Änderung vor, als er vermeidet, von Rechtsgütern und Abwägen der verschiedenen Güter zu sprechen: „Eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor, wenn der Täter ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer sittlichen oder Rechtspflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und wenn der dadurch entstehende Schade geringer ist, als der bei Nichtoffenbarung drohende".

Eine vollständige Aufzählung aller Fälle, in denen eine höhere sittliche Pflicht die Offenbarung erlaubt, ist unmöglich. Das gesunde Volksempfinden ist hier Richtschnur, die Anschauung des Volkes sagt uns, ob eine Pflicht im Einzelfall höher zu bewerten ist als die Schweigepflicht.

Das früher im Schrifttum immer wiederkehrende Beispiel von dem jungen geschlechtskranken Mann, der zu heiraten beabsichtigt, ist schon durch das Gesetz betreffend die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten geklärt worden: Der Arzt hat selbstverständlich ein Warnungsrecht gegenüber der Braut und den Eltern der Braut. Für den Arzt begründen vornehmlich zwei Gesichtspunkte eine höhere sittliche Pflicht zur Offenbarung: die Sorge für die Gegenwart (Schutz der Zusammenlebenden vor Ansteckung) und die Fürsorge für die Zukunft (Verhinderung der Fortpflanzung einer Erbkrankheit oder eines sonstigen Leidens). Deshalb hat der Arzt das Recht, der Mutter von der ansteckenden Krankheit der Amme, die das Kind säugen will, zu berichten, umgekehrt die Amme zu warnen, wenn das Kind mit kongenitaler Lues z. B. behaftet ist. Eine Warnungspflicht besteht auch, wenn ein an offener Tuberkulose leidender seine Mitmenschen der Ansteckungsgefahr aussetzt. Der bei Collmann[201] angeführte Fall muß eine gleiche Lösung finden: „Ein Arzt sieht in einem Lokal ein Frauenzimmer, das bei ihm wegen florider Lues in Behandlung ist, mit Studenten sitzen. Es unterliegt für ihn keinem Zweifel, daß das Frauenzimmer auf Geschlechtsverkehr mit dem einen oder anderen der Studenten ausgeht". Hier ist der Arzt zur Warnung verpflichtet[202]. Ein Warnungsrecht des Arztes ist auch dann gegeben, wenn ein zeugungsunfähiger Mensch heiraten will, da der Hauptzweck der Ehe, die Heranbildung eines Nachwuchses nicht erreicht werden kann. Hier wird in Zukunft die Versagung des Ehetauglichkeitszeugnisses unter Umständen den gewünschten Zweck erreichen. Der Rechtsanwalt ist vor allem dann nach gesundem Volksempfinden zur Geheimnisoffenbarung verpflichtet, wenn durch die Offenbarung ein größeres Unrecht vermieden werden kann: Ein Unschuldiger würde z. B. bei Stillschweigen zum Tode verurteilt werden oder seine Ehre verlieren; jemand würde bei Erfüllung der Verschwiegenheitspflicht um sein Vermögen kommen. Im Einzelfall ist oft nicht leicht zu unterscheiden, welchen Personen gegenüber die Offenbarung gestattet ist. Placzek[203] führt folgende Beispiele an: Eine bei den Eltern wohnhafte Verkäuferin konsultiert den Arzt wegen Metrorrhagie. Dieser

[200] So die Entwürfe 1911, 1913, 1925, 1927, 1930.
[201] S. 150.
[202] Anders Collmann a.a.O.
[203] S. 135.

konstatiert „Eireste nach Abort“ und teilt dies der Mutter der Patientin mit. Weiter: Eine bei den Eltern wohnende Bühnenkünstlerin konsultiert den Arzt wegen cessatio mensium, dieser konstatiert Schwangerschaft und teilt dies ebenfalls der Mutter mit. In beiden Fällen war die Offenbarung den Müttern gegenüber unbefugt, der Arzt machte sich strafbar. Im allgemeinen ist Mitteilung der Geheimnisse der erwachsenen Kinder an die Eltern nicht erlaubt. Anders ist es wohl dann, wenn es sich bei den zu konsultierenden Personen um Jugendliche oder Personen, die an einem geistigen oder körperlichen Gebrechen leiden, handelt. Mit Collmann[204] ist hier ein Anspruch des gesetzlichen Vertreters auf Auskunftserteilung als Ausfluß seines Rechtes zur Sorge für die Person anzunehmen. Eine Strafverfolgung von Seiten der vorher genannten Personen wäre auch schon wegen § 65 StrGB. ausgeschlossen. Über die Offenbarungsbefugnis Verwandten und Freunden gegenüber lassen sich allgemein gültige Regeln nicht aufstellen. Der Wille oder mutmaßliche Wille des Geheimnisherrn ist letzten Endes maßgebend. Der Einzelfall muß hier die Entscheidung bringen. Grundsätzlich ist jedoch Vorsicht geboten. Im Zweifelsfall geht die Schweigepflicht vor. Daraus, daß z. B. der erwachsene Sohn mit seinen Eltern kommt, geht noch nicht unbedingt sicher hervor, daß den Eltern geoffenbart werden darf. Noch größere Vorsicht und Zurückhaltung ist dann am Platz, wenn das Dienstmädchen in Begleitung der Dienstherrschaft zum Arzt kommt oder dieser an das Krankenbett des Mädchens geführt wird. In diesen Fällen hat der Arzt normalerweise zu schweigen. Eine Offenbarung von Geheimnissen der Pfleglinge den Erziehern gegenüber kann unter Umständen befugt sein. Von besonderer Bedeutung sind diese Fragen im Verhältnis der Ehegatten zu einander. Ist der Arzt befugt, dem einen Ehegatten über den Gesundheitszustand des anderen zu berichten? Das OLG. Hamburg hat sich in OLG. Rspr. 3, 245 auf den Standpunkt gestellt, daß ein Ehegatte gegen den anderen einen klagbaren Anspruch darauf habe, daß dieser seinen Arzt von der Verschwiegenheitspflicht entbinde. Denn unter Ehegatten bestünde eine Rechtspflicht, sich über die gegenseitigen (geschlechtlichen) Gesundheitsverhältnisse vollen Aufschluß zu geben. Diese Entscheidung geht in ihrer Allgemeinheit m. E. zu weit. Es muß im Einzelfall geprüft werden, ob die Offenbarung durch eine höhere sittliche Pflicht gerechtfertigt wird, ob sie ein gesundes Volksempfinden verlangt. Wenn im Ehescheidungsprozeß der Arzt, der vorher bei Konsultierung eine Ansteckung der Ehefrau durch den Ehemann festgestellt hat, gefragt wird, ob der Ehemann schon vor der Heirat geschlechtskrank gewesen sei, so hat er zu schweigen. Wie RG.E. 53.318 zutreffend ausführt, kann es zwar ein sittlicher Zweck sein, der Ehefrau zur Scheidung zu verhelfen, gegenüber der Schweigepflicht ist es aber nicht der sittlich höhere. Auch dann hat der Arzt zu schweigen, wenn er nach Feststellung der impotentia generandi des Ehemanns von der Ehefrau, die ihn wegen ihrer Kinderlosigkeit konsultiert, nach der Ursache ihrer Kinderlosigkeit gefragt wird[205]. Eine Offenbarung den Gehilfen der zum Schweigen verpflichteten Personen gegenüber ist im allgemeinen als erlaubt anzusehen. Denn dadurch, daß der Patient oder Klient sich zu den schweigepflichtigen Personen begibt, erklärt er sich stillschweigend mit der Offenbarung den Gehilfen gegenüber einverstanden[206]. Anders ist es natürlich, wenn der Geheimnisherr ausdrücklich einen entgegengesetzten Willen geäußert hat. Der Umstand allein, daß eine andere Person

[204] S. 143.
[205] So auch Placzek 122.
[206] So auch Rauno 60, Sauter 160, Sandheim 24, Zschock 48.

auch zum Stillschweigen verpflichtet ist, gibt noch kein Recht zu reden. Ein Arzt darf also z. B. seinem ärztlichen Kollegen nicht offenbaren.

Den zum Schweigen Verpflichteten ist ein Offenbarungsrecht zuzubilligen, wenn sie nur durch eine Geheimnisoffenbarung ihre Ehre schützen oder ihre Rechte wahrnehmen können. Wollte man dem Arzt, Anwalt usw. nicht diese jedem Volksgenossen zustehenden Rechte geben, würde man sie der Willkür Übel-Wollender auf Gnade und Ungnade aussetzen, wäre ihre soziale Stellung und wirtschaftliche Existenz oft bedroht. Gegen Angriffe in der Presse darf sich der Anwalt z. B. wehren. Ein Offenbarungsrecht ist hier allerdings nur insoweit gegeben, als es unbedingt zur Ehrenwahrung notwendig ist: Im vorigen Falle also nicht Erwiderung in der Presse, sondern Beleidigungsklage vor Gericht. Wenn die schweigepflichtige Person als Beschuldigter oder Angeklagter auftritt, ist Offenbarung zur Verteidigung erlaubt[207]. Die Offenbarung muß selbstverständlich zur Verteidigung geeignet sein. Niemand darf sich das Redeverbot des Schweigepflichtigen in sittenwidriger Weise zu Nutze machen. Wenn z. B. ein Arzt mit dem Auto einen betrunkenen Fußgänger anfährt und ihn nachher gleich behandelt, so darf er im Prozeß die Trunkenheit des Passanten aussagen. Dem Arzt wird man Aussagen im Prozeß gegen Vorwürfe über etwaige Kunstfehler zubilligen müssen.

Der wichtigste Fall der Wahrnehmung eigenen Rechts ist die Verfolgung des Honoraranspruchs. Leider kommt es nicht selten vor, daß Arzt und Anwalt ihren verdienten Lohn im Klageweg geltend machen müssen. Daß hier Offenbarung nicht strafbar sein kann, ist selbstverständlich. Ein Offenbarungsrecht des Arztes, Anwalts usw. rechtfertigt sich in diesen Fällen schon deshalb, weil der Patient und Klient den Prozeß jeder Zeit durch Zahlung abwenden kann. Tut z. B. der Patient eines Spezialarztes für Haut- und Geschlechtskrankheiten dies nicht, so ist er selbst schuld daran, wenn der Arzt seine Klage in der Begründung näher substanziiert und dadurch die Geheimnisse des Patienten offenbart. Die Offenbarung ist erst dann erlaubt, wenn die übrigen Mittel zur Erreichung des Honorars erschöpft sind, z. B. die Mahnung erfolglos geblieben ist. Durch die Offenbarung darf kein Druck auf den Schuldner zur Zahlung ausgeübt werden. Ein Arzt, der seine Rechnung auf dem Wirtshaustisch zur allgemeinen Einsicht liegen läßt, um den Schuldner zur Zahlung zu zwingen, ist strafbar. Voraussetzung für die Straflosigkeit einer solchen Aussage ist natürlich, daß die Geheimnisoffenbarung in der erfolgten Form zur Verfolgung des Honararanspruchs nötig war. Strafbar wäre der französische Arzt, der nach dem Beispiel Placzeks[208] bei Gericht folgende Rechnung einreicht: „M. N. schuldet die Summe von 300 Franken, teils für Behandlung seiner Schwiegermutter, teils für Behandlung eines geschlechtlichen Leidens der Ehefrau, welche diese einer Infektion seitens ihres Gatten verdankt, teils für Kauterisationen eines Schankers schlimmster Art, luetische Ulzerationen und Rhagaden, welche Herr N. selbst hatte. . .". Daß die Verfolgung des Honoraranspruchs zur Geheimnisoffenbarung berechtigt ist, ist so allgemein anerkannt[209], daß bei der Beratung der Strafrechtskommission 1934 die Ansicht herrschte, es bedürfe keiner besonderen Regelung für diesen Fall.

Eine wichtige Frage ist, ob die schweigepflichtige Person, vor allem der Arzt, verpflichtet ist, an der Aufklärung schwerer Kapitalverbrechen mit-

207 S. a. Olshausen II 1689 § 300, 9h.
208 S. 202.
209 S. Olshausen II 1689 § 300, 9h, Meyer-Allfeld 407, Frank 701, Mittermaier 224, Sauter 272, Serexhe 92 u. a.

zuwirken. Wohlgemerkt nicht an der Verhütung! Letztere ist zum Teil durch § 139 StrGB. zur Pflicht gemacht, zum Teil wird sie in besonders krassen Fällen ein gesundes Volksempfinden über § 139 hinaus fordern. Nach der bisher herrschenden Lehre durfte der Arzt[210] zur Aufklärung von Kapitalverbrechen nicht mitwirken. So führt Wolff[211] z. B. aus: „Es besteht eben hier keine der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses entgegenstehende Rechts- oder höhere sittliche Pflicht, die das Verhalten einer Vertrauensperson rechtfertigen könnte, die einen Menschen —ein solcher ist auch der entartetste Verbrecher noch —, der sich ihr vertrauensvoll naht, statt diesem Vertrauen gerecht zu werden, der Polizei übergibt". Verschiedene Schriftsteller haben in letzter Zeit gegen diese Ansicht Bedenken erhoben. So hält Schuhmacher[212] eine Geheimnisoffenbarung zur Verbrechensenthüllung bei Gemeingefährlichkeit der Tat oder Wiederholungsgefahr für gerechtfertigt. Löhr[213] bejaht eine Befugnis zur Offenbarung, wenn Geheimnisse auf dem Spiele stehen, die den Verbrecher unmittelbar betreffen (z. B. dessen Wunde), verneint dagegen das Offenbarungsrecht, wenn es sich um Geheimnisse dritter Personen handelt. Hinterthuer[214] tritt ganz allgemein für Offenbarungsbefugnis mit dem Hinweis ein, daß die Polizei diese Art der Fahndung nur in ganz besonderen Fällen anwenden werde. Dann aber sei es Pflicht des Schweigepflichtigen, an dem Schutze der Rechtsordnung und den weiteren Aufgaben des Strafrechts mitzuwirken. Man könne doch nicht mit Rücksicht auf den Begriff des Geheimnisses, der Geheimsphäre des Verbrechers, oder mit Rücksicht darauf, daß etwa der Verbrecher den Arzt nicht aufsuchen würde, die Schweigepflicht des Arztes z. B. höher einschätzen. Die Auffassung Hinterthuer's geht m. E. in ihrer allgemeinen Fassung zu weit. Denn die Schweigepflicht ist nicht nur da, um die Persönlichkeit, in diesem Falle allerdings die des Verbrechers zu schützen, sondern vor allem, um dem Schweigepflichtigen das Vertrauen generell zu verschaffen, das ihn zu seinem Dienste am Volk befähigt. Nur wirklich schwere Verbrechen, die im Interesse der Lebensordnung des deutschen Volkes unbedingt eine Aufklärung erfordern, berechtigen zur Offenbarung. Vorsicht ist hier am Platz. Nie und nimmer kann es Aufgabe des Arztes z. B. sein, der Polizei in gewöhnlichen Fällen Handlangerdienste zu leisten. Wenn z. B. bei einem Einbruch der Dieb verletzt wurde und die Polizei nachher beim Arzt des Bezirkes anfragt, ob eine Person mit einer entsprechenden Verletzung in Behandlung gekommen sei, so hat dieser zu schweigen. Anders wäre es natürlich, wenn der Arzt zur Überführung eines vielfachen Mörders mitwirken könnte. Im allgemeinen ist die Pflicht zur Mitwirkung an dem Schutze der Rechtsordnung für den Arzt gegenüber der Schweigepflicht nicht die höhere Pflicht. Auch der Entwurf von 1936, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht zur Anzeige von unaufgeklärten Kapitalverbrechen vorsieht, will Rechtsanwälte, Verteidiger und Ärzte, die ihre Kenntnis bei Ausübung des Berufs erlangt haben, von der Strafe freistellen, wenn sie die Anzeigepflicht nicht erfüllen[215].

---

[210] Im folgenden wieder der Arzt als Beispiel, weil bei ihm die Probleme am wichtigsten sind.

[211] S. 72.

[212] S. 91.

[213] S. 33 ff.

[214] a.a.O. Ähnlich auch Olshausen II 1688 § 300, 9g, Ebermayer „Arzt und Patient" 73.

[215] Vgl. Mezger in „Das kommende deutsche Strafrecht" BT. 2. Aufl. S. 339, 347.

Die Frage der Pflichtenkollision spielt auch bei der Ausstellung ärztlicher Atteste eine Rolle. Wenn jemand z. B. eine Lebensversicherung abschließen will, so hat er vor Abschluß des Vertrags sich vom Arzt untersuchen zu lassen. Dieser ist berechtigt, der Versicherung gegenüber zu offenbaren. Denn dadurch, daß der Versicherungsnehmer den Versicherungsvertrag abschließen will, stimmt er stillschweigend in die Offenbarung der durch die Untersuchung erlangten Geheimnisse ein. Darf der Arzt auch ihm aus einer früheren Untersuchung bekannte Krankheiten und Tatsachen, die er auf Grund der von der Versicherung angeregten Untersuchung nicht erfahren hätte, offenbaren oder hat er über diese Dinge zu schweigen und ev. ein falsches Attest auszustellen? Der Arzt hat hier ein Offenbarungsrecht. Er würde sich ja sonst nach § 278 StrGB. strafbar machen[216]. Die Krankenkassen fordern vom Arzt, die Leiden der Patienten zu bezeichnen. Oft geben die Ärzte die Diagnose in diesen Fällen ganz unklar, um nicht gegen die ärztliche Schweigepflicht zu verstoßen. Ganz zu Unrecht. Denn durch die Überreichung des Scheines der Krankenkasse erklärt der Patient seine Einwilligung in die Offenbarung. Häufig bitten die Personen den Arzt sogar um Detaillierung.

Die Krankenhäuser haben in ihren Verwaltungsvorschriften vielfach die Bestimmung, daß über dem Kopfende eines jeden Kranken eine Tafel mit der Bezeichnung der Krankheit des Patienten angebracht sein muß. Nach Placzek[217] ist dies eine unbefugte Offenbarung an alle sich im Saale Befindlichen. Meist wird sich jedoch in diesem Falle der Patient mit der Einlieferung in's Krankenhaus stillschweigend dessen Vorschriften unterwerfen. Ist der Patient in willenlosem Zustand in's Krankenhaus eingeliefert worden, dann dürfte allerdings eine Verletzung der Schweigepflicht, die Krankenhauspatienten gegenüber genau so zu gelten hat wie Privatpatienten gegenüber, gegeben sein.

Die Frage, ob wissenschaftliche Zwecke die Offenbarung von Geheimnissen rechtfertigen, ist früher ganz eindeutig verneint worden[218]. M. E. würde eine notwendige Geheimnisoffenbarung dann einem gesunden Volksempfinden nicht widersprechen, wenn es sich bei dem wissenschaftlichen Werke um Kenntnisse von so weittragender Bedeutung handeln würde, daß die ganze Menschheit z. B. an diesem Forschungsmaterial ein höchstes Interesse haben könnte. Zu beachten ist hierbei, daß in den meisten Fällen zur Erreichung des wissenschaftlichen Zwecks eine Preisgabe des Geheimnisses gar nicht nötig ist. Die Fälle lassen sich fast immer auch ohne Namensnennung darstellen. Für den wissenschaftlichen Wert einer Abhandlung und die Darstellung einer Krankheit ist der Name des Patienten meist ganz gleichgültig. Die Darstellung medizinischer Fälle ohne Namensnennung ist keine Geheimnisverletzung[219]. Allerdings darf natürlich nicht durch anderweitige genügend klare Fixierung die Person des Krankheitsträgers erkennbar sein. Placzek[220] bringt hierfür ein Beispiel: „Man denke, daß z. B. als Heimatsort des betreffenden mit Anfangsbuchstaben bezeichneten Patienten ein Ort von einigen Tausend Einwohnern genannt, sein Beruf beispielsweise als Pastor angegeben wird; viel Kombinationsgabe dürfte dann wahrlich nicht dazu gehören, um die Person ausfindig zu machen".

---

[216] So auch Sauter 222, Rex 40.

[217] S. 211.

[218] S. u. a. Olshausen II 1689 § 300, 9i, v. Liszt 421, Meyer-Allfeld 407, Frank § 300 III 2b, Hippe 293, Serexhe 95, Wolff 93, Flesch 31, Günther 28, Kampfhenkel 38, Sandheim 36, RGK. § 300, 7.

[219] S. a. Olshausen II 1689 § 300 9i, Sauter 278.

[220] S. 207.

Demonstrationen dürfen grundsätzlich nur mit Einwilligung des Patienten vorgenommen werden. Der wissenschaftliche Lehrzweck rechtfertigt keine Offenbarung. Die Einwilligung kann natürlich gemutmaßt werden. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag hier zu konstruieren, um dem Anstaltsleiter z. B. Offenbarungsbefugnis zu übertragen, ist nicht angängig.

In allen Zweifelsfällen, bei jeder Entscheidung des täglichen Lebens muß sich der Schweigepflichtige immer wieder vor Augen halten, daß grundsätzlich Schweigepflicht besteht. Gewissenhafteste Prüfung der gegenüberstehenden Pflichten ist geboten. Solange noch ein Weg vorhanden ist, der entgegenstehenden höheren Pflicht ohne Verletzung des Berufsgeheimnisses genügezutun, ist unbedingt dieser vorzuziehen. In jedem Einzelfall ist auch sorgfältig zu prüfen, ob der Empfänger der Mitteilung bei seiner persönlichen Veranlagung von der Mitteilung wirklich den Gebrauch machen wird, „der mit der Mitteilung beabsichtigt wird, oder ob er nicht vielmehr die erlangte Kenntnis dazu benutzen wird, den, der an der Geheimhaltung ein Interesse hat, zu beschimpfen oder bloßzustellen. Nur wenn der Geheimhaltungspflichtige nach pflichtmäßiger Prüfung all dieser Gesichtspunkte zu dem Ergebnis kommt, daß ihm nach den besonderen Umständen des Falles die Wahrung des Geheimnisses nicht zugemutet werden kann, soll er es preisgeben dürfen“[221]. Eine verantwortungsbewußte Ärzteschaft, Anwaltschaft usw. gibt die Gewähr dafür, daß die Abgrenzung der sich entgegenstehenden Pflichten dem völkischen Rechtsempfinden entsprechend vorgenommen wird. Dem Notar ist in § 19 Reichsnotarordnung die Möglichkeit gegeben, in Zweifelsfällen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nachzusuchen.

C. § 14. Die Schuldform.

Die herrschende Lehre vertritt mit Recht die Meinung, daß nur vorsätzliche Begehung des Delikts strafbar ist[222]. Die gegenteilige Ansicht, die früher von einigen Schriftstellern vertreten wurde[223], stützte sich vornehmlich auf zwei Argumente: Einmal sei daraus, daß in § 300 StrGB. über die Schuldform nichts gesagt, in § 299 StrGB. dagegen vorsätzliche Begehung der Tat gefordert sei, zu schließen, daß auch fahrlässige Verletzung der Berufsgeheimnispflicht strafbar sei. Zum anderen ergebe sich die Richtigkeit dieser Theorie aus den Motiven. Die hier einschlägige Stelle der Motive lautet: „Wenn einige Gesetzbücher die Strafbarkeit nur bei der Absicht zu schaden oder einen Gewinn zu ziehen eintreten lassen, so hat der Entwurf sich ihnen nicht angeschlossen, da die meisten dieser Fälle mehr aus Leichtsinn begangen werden, überdies aber für den Verletzten und dessen Interesse an der Geheimhaltung es gleichgültig ist, ob die Verletzung in sträflicher Absicht oder aus Leichtsinn erfolgt ist, endlich in der Offenbarung aus Leichtsinn bereits eine Verletzung der obliegenden Berufspflicht liegt“. Diese Stelle der Motive will nur zum Ausdruck bringen, daß mit der Tat Schaden oder Gewinnziehung nicht beabsichtigt sein muß, um die staatliche Sanktion auszulösen. Absicht zu schaden darf dagegen nicht mit Vorsatz und Leichtsinn nicht mit Fahr-

---

221 Karl Schäfer in „Das kommende deutsche Strafrecht“ S. 443.

222 S. u. a. Olshausen II 1689 § 300, 10, Binding I 127, 503, Frank § 300 V, Finger 362, v. Liszt 421, Meyer-Allfeld 407, Rex 48, Sandheim 43, Sauter 279, Flesch 22, Placzek 42, Zschock 54, RGK. § 300, 8.

223 So Ludwig 49, Schütze 503, Serexhe 73, Hartmann 22, Exner 59.

lässigkeit gleichgesetzt werden. Nach der klaren Gesetzestechnik und Redaktionsmethode des Strafgesetzbuchs ist allein vorsätzliche Begehung einer Tat mit Strafe bedroht, fahrlässige nur, wenn sie ausdrücklich für strafbar erklärt ist. Die oben genannten Gründe sind kein ausreichender Anlaß, diese klare Linie zu durchbrechen. Die Schweigepflicht soll nicht überspannt werden. Der Einwand, daß die Übertretung dieser Vorschriften häufig fahrlässig erfolge und bei dieser Begehungsart genau so Straf- und Schutzbedürfnis vorhanden sei, kann nicht durchgreifen. Die fahrlässige Verletzung der Schweigepflicht wird in den meisten Fällen berufsgerichtliche Ahndung nach sich ziehen. Damit ist für fahrlässige Taten dem Vergeltungsbedürfnis genügegetan. Eine schwere strafrechtliche Verfolgung darf und soll hier nur bei vorsätzlichem Handeln eintreten. Diese Ansicht wird jetzt allgemein anerkannt, das Problem kann als gelöst betrachtet werden. § 13 RÄO., § 24 Reichsapothekerordnung und ebenso der § b des Entwurfs 1936 konnten deshalb die Frage unerwähnt lassen. Auch nach diesen Bestimmungen ist nur vorsätzliche Begehung der Tat strafbar. Die Strafverschärfungsgründe in Abs. 6 des § b setzen zum Teil sogar Absicht voraus.

Nach Mezger[224] handelt vorsätzlich, „wer die tatsächlichen Umstände und die Bedeutung seiner Handlung kennt und den Erfolg in seinen Willen aufgenommen hat". Der Täter muß also gewußt haben, daß der Gegenstand seiner Enthüllung ein ihm bei Ausübung seines Berufs anvertrautes Geheimnis und die Preisgabe eine seine Berufspflicht verletzende rechtswidrige Offenbarung ist[225]. Auch dolus eventualis begründet die Strafbarkeit der Tat. Irrtum über „Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören", also z. B. über die Geheimniseigenschaft einer Tatsache, schließt natürlich die Strafbarkeit gem. § 59 StrGB. aus.

D. § 15. Der Antrag.

Die Verfolgung der Tat tritt gem. Abs. 2 des § 300 StrGB. nur auf Antrag ein. Antragsberechtigt ist der Verletzte. Wer im Einzelfall Verletzter ist, war schon immer äußerst bestritten. Auch § 13 RÄO. und § 24 Reichsapothekerordnung haben hier keine Klärung gebracht. Abs. 4 dieser Paragraphen bestimmt: „Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt". Verletzter kann m. E. nur der Geheimnisherr, der Träger des Geheimnisses sein. Darüber und über die Probleme der Geheimnisherrschaft siehe § 10.

Für den Strafantrag gelten die Vorschriften der §§ 61 ff. StrGB. (über die 3 monatliche Frist, die Unteilbarkeit des Strafantrags usw.). Eine Zurücknahme des Antrags ist nicht möglich § 64 StrGB. Wichtig ist vor allem § 65 StrGB.: Minderjährige über 18 Jahre haben das Antragsrecht unabhängig neben ihren gesetzlichen Vertretern. Für Geschäftsunfähige und Personen unter 18 Jahren ist nur der gesetzliche Vertreter zur Stellung des Antrags berechtigt.

Der Entwurf 1936 § b sieht kein Antragsrecht vor. Er schlägt in Abs. 7 vor: „Der Verletzte muß gehört werden, bevor über die Verfolgung entschieden wird". Dazu führt Schäfer in „Das kommende deutsche Strafrecht"[226] folgendes aus: „Über die Verfolgung soll erst nach Anhörung des

---

[224] Lb. S. 303 ff.
[225] So Gransee 84, RGStr. 38, 62; 56, 147.
[226] S. 439, 440.

Verletzten entschieden werden, um zu vermeiden, daß Verfehlungen verfolgt werden, an deren Bestrafung dem Verletzten nichts gelegen ist, ja deren Verfolgung ihm sogar unerwünscht sein kann, und bei denen auch vom Standpunkt der Allgemeinheit aus gesehen ein Strafbedürfnis nicht besteht".

§ 16. Die Strafdrohung.

Die Verletzung des § 300 StrGB. wird mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft. § 13 RAO. und § 24 Reichsapothekerordnung haben die Strafdrohung berechtigter Weise auf Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe oder eine dieser Strafen erhöht. Noch weiter verschärft § b des Entwurfs 1936 die Strafe: Wer das Berufsgeheimnis verletzt, soll mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder Haft bestraft werden. Der Treubruch wird jetzt in ganz anderem Maße für strafwürdig empfunden wie früher.

Abs. 6 des § b bringt eine schon in einigen Entwürfen[227] vorgeschlagene wesentliche Neuerung: Hat der Täter das Geheimnis gegen Entgelt oder in der Absicht geoffenbart, sich oder einem anderen unberechtigt einen Vorteil zu verschaffen oder jemand einen Nachteil zuzufügen, so ist die Strafe Gefängnis. Nach dem neuen Recht wird also das Motiv der Tat nicht ohne Einfluß auf die Strafe sein.

Der Versuch ist weder nach den geltenden Strafbestimmungen noch nach dem Entwurf 1936 strafbar.

E. § 17. Die Schweigepflicht im Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses.

Wie schon oben verschiedene Male erwähnt wurde, hat das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl I, 529) mit den Novellen vom 26. Juni 1935 (RGBl. I, 773) und 4. Februar 1936 (RGBl. I, 119) durch seine mannigfaltigen Anzeigepflichten usw.[228] die Verschwiegenheitspflicht der Ärzte weitgehend durchbrochen. Im Anschluß an die Behandlung der Schweigepflicht nach § 300 Str., § 13 RAO. und § 24 Reichsapothekerordnung soll deshalb jetzt noch kurz der Schutz dargestellt werden, den das Gesetz selbst gegen die Gefahr der allgemeinen Auflockerung der ärztlichen Schweigepflicht gegeben hat. § 15 des Gesetzes lautet: „Die an dem Verfahren oder an der Ausführung des ärztlichen Eingriffs beteiligten Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet. Wer der Schweigepflicht unbefugt zuwider handelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Den Antrag kann auch der Vorsitzende stellen". Der Kreis der „an dem Verfahren beteiligten Personen" muß sehr weit gezogen werden. Die Verschwiegenheitspflicht erfaßt also z. B. die Richter, Protokollführer, Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Erbgesundheitsgerichts und alle bei den Erbgesundheitsgerichten mit den Akten in Berührung kommende Personen, den Pfleger, den gesetzlichen Vertreter des zu Sterelisierenden, weiter die assistierenden Ärzte, die Schwestern, das ganze Hauspersonal des Krankenhauses, auch die

[227] S. Entwürfe 1927 und 1930.
[228] S. § 13 der Abhandlung.

Beamten der Fürsorgeverbände, der Krankenkassen, der Regierungen, die die Zahlungen anweisen oder prüfen[229].

Die Schweigepflicht ist hier sehr weit auszudehnen: Alles, was der Schweigepflichtige nicht nur über die persönlichen Verhältnisse des Beteiligten, sondern auch über die Verhältnisse seiner Sippe erfährt, muß geheim gehalten werden. Dem Arzt ist z. B. nicht erlaubt, dem Erbkranken oder sonstigen Personen davon Mitteilung zu machen, wer die Anzeige erstattet hat[230]. In Gütt-Rüdin-Ruttke[231] ist angeregt, auch darauf zu achten, daß nicht 2 oder mehrere Sachen aus einer kleinen Gemeinde am selben Tage behandelt werden. Über den Begriff „unbefugt" gilt das oben in § 13 der Abhandlung Gesagte. Bezüglich der Schuldform und des Antragsrechtes ist auf §§ 14, 15 der Abhandlung zu verweisen.

F. § 18. Schluß.

Die Norm des § 300 StrGB. läßt in allen wesentlichen Punkten mehrfache Auslegung zu. Dieser Umstand hat das zahlreiche Schrifttum über die Berufsgeheimnispflicht hervorgerufen. Jedes einzelne Tatbestandsmerkmal war umkämpft. Die Regelung der ärztlichen Schweigepflicht in der Reichsärzteordnung hat hier schon weitgehend Klarheit geschaffen. Die Reichsapothekerordnung ist diesem Beispiel gefolgt. In der Richtung dieser Regelung liegt auch die Behandlung der Berufsgeheimnisse im neuen deutschen Strafrecht. Der § b wird die im Schrifttum aufgestellten berechtigten Forderungen und Wünsche befriedigen und den Streit um diese Probleme zur Ruhe kommen lassen. Mit der Möglichkeit der Vergeltung jeglichen Treubruchs von Menschen, die kraft ihres Berufs besonders zur Treue und zum Schweigen verpflichtet sind, wird er einen wichtigen Beitrag zur Sicherung der völkischen Lebensordnung leisten, vor allem in besonderem Maße der Volksgesundheit und Rechtssicherheit dienen.

---

229 S. Gütt-Rüdin-Ruttke 311. Auch Rd. Erl. d. RuPrMdJ. v. 31. 5, 1935 Nr. 3227/27. 3. Abs. 2: „Ob Organe der Fürsorgeverbände, denen die Unfruchtbarmachung außerhalb des eigentlichen Verfahrens vor dem Erbgesundheitsgericht, z. B. aus Anlaß der Prüfung der Kostenfrage bekannt wird, als Beteiligte im Sinne des § 15 anzusehen sind, ist nach dem Wortlaut dieser Vorschrift zwar zweifelhaft. Die allgemeine Amtspflicht zur Verschwiegenheit, der sowohl Beamte als auch zur ehrenamtlichen Tätigkeit bestellte Bürger unterliegen, und die gebotene Rücksichtnahme auf den von der Unfruchtbarmachung Betroffenen fordern es aber, daß alle Personen, die von der Unfruchtbarmachung amtlich Kenntnis erhalten, darüber Verschwiegenheit beobachten".

230 So Gütt-Rüdin-Ruttke 312.

231 S. 313.

Lebenslauf.

Am 11. Mai 1913 wurde ich in Salzburg als Sohn des Reichsbahn-oberinspektors Hans Deschl und seiner Ehefrau Berta, geb. Stammler geboren. 1915 kam ich nach München. Dort besuchte ich von 1919 bis 1923 die Volksschule. Dann trat ich in das Wittelsbacher Gymnasium in München ein, das ich im März 1932 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Anschließend studierte ich an der Universität München 7 Semester Rechts- und Staatswissenschaft. Im Herbst 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. Seit Dezember 1935 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst.

Hans Deschl.